

**Seminarios wiki interactivos de Derecho
Internacional Privado con complemento-
refuerzo de seminarios presenciales
impartidos por especialistas en los temas
propuestos
(Proyecto de Innovación Docente
ID2013/096)**

**Pfra. Dra. D^a. Antonia Durán Ayago
Pfra. Dra. D^a. María del Mar Velázquez Sánchez
Asignatura: Derecho Internacional Privado
Curso y Grupos: 4º I y II
GRADO EN DERECHO**

Curso 2013/2014

SUMARIO

Propuesta y Contenido del Proyecto.....	3
Resultados Grupo I de Derecho internacional privado.....	6
Resultados Grupo II de Derecho internacional privado.....	195

**Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado con
complemento-refuerzo de seminarios presenciales impartidos por
especialistas en los temas propuestos**

(Proyecto de Innovación Docente ID2013/096)

PROPUESTA

Implantación de metodologías activas de aprendizaje
Diseño de contenidos docentes y audiovisuales en abierto o en el campus virtual

¿En qué consiste el proyecto?

A través de la plataforma Studium, nos proponemos potenciar el aprendizaje activo de los/as alumnos/as a través de la realización de uno o varios seminarios especializados en cada grupo, utilizando para ello la herramienta wiki. Realizaremos a nuestros alumnos/as, a principios de curso, una propuesta de temas de interés jurídico y social comprendidos en el objeto de la asignatura obligatoria Derecho internacional privado y en la asignatura optativa Nacionalidad y extranjería en las relaciones privadas internacionales para que decidan sobre qué materias les interesaría más trabajar.

Una vez concretados los temas se formularán en seminarios interactivos en que los/las estudiantes van a tener que trabajar añadiendo información a la wiki creada, partiendo de unos ítems previos y unas líneas de referencia que les proporcionaremos. Los seminarios tendrán un cronograma de desarrollo que irá parejo a la explicación de los conceptos teóricos necesarios para participar en ellos con el máximo aprovechamiento.

Cada seminario interactivo culminará con un seminario presencial impartido por un especialista en la materia, en el que los/las estudiantes que hayan intervenido en él, podrán preguntar sobre aquellas cuestiones que mayor interés les hayan suscitado, al tiempo que tendrán un nivel de conocimientos adecuado sobre la materia para poder interactuar con el profesor que imparta el seminario.

En este sentido, para realizar la memoria económica, hemos tomado como referencia la asistencia de un profesor de otra Universidad, especialista en al menos uno de los temas que se hayan trabajado.

Objetivos:

El proyecto se aplicará en los tres grupos de Grado en que se imparte la asignatura de Derecho internacional privado, además de en el grupo de la asignatura optativa Nacionalidad y Extranjería en las relaciones privadas internacionales. Podrán participar en esta iniciativa todos los alumnos que lo deseen, se hayan acogido o no al sistema de evaluación continua y podrá suponer hasta un punto más en la calificación final, siempre que se haya aprobado la asignatura a través del correspondiente sistema de evaluación.

Los objetivos que nos proponemos con esta iniciativa docente son:

1. Potenciar el aprendizaje autónomo del estudiante.

2. Prestar atención a sus inquietudes, siendo ellos/as los/las que elijan los temas que van a ser objeto de tratamiento, entre una lista de temas que les proporcionaremos a principios de curso.
3. Buscar información sobre los temas planteados en un triple orden: realidad social, normativa interna y comparada, jurisprudencia.
3. Ser capaces de construir información sobre una materia de actualidad desde la rigurosidad y desde un enfoque práctico-jurídico.
5. Potenciar el trabajo en grupo.
6. Ser capaces de interactuar con otros profesores especialistas en las materias propuestas.

Resultados previstos:

1. Implicar al estudiante en los temas de la realidad que regula el Derecho internacional privado
2. Crear información y generar conocimiento sobre la materia planteada
3. Interactuar con los/as compañeros/as y con la profesora de la asignatura, además de con los/las profesores/as de otras Universidades que participarán en esta iniciativa
4. Profundizar en el conocimiento de los temas planteados, lo que repercutirá directamente en una mejor comprensión de la asignatura cursada.

Impacto sobre la docencia:

Con la experiencia de haber ya puesto en marcha este proyecto durante los cuatro cursos precedentes, los resultados y el impacto sobre la docencia han sido muy positivos. Los/las estudiantes que han participado en esta iniciativa la han valorado muy positivamente; se han implicado en la asignatura y sus resultados finales en el examen han sido buenos.

Metodología de trabajo:

1. Proponer en los primeros días del curso una lista de temas de entre los cuales los/las estudiantes deberán elegir aquellos que más les interesen.
 2. Dar de alta los seminarios en la plataforma Studium y abrir una wiki para cada uno de ellos con el objetivo de que vayan añadiendo información sobre el tema propuesto, incluyendo noticias periodísticas (realidad social), regulación jurídica al respecto (normativa) y tratamiento jurisprudencial de la materia.
 3. Cada seminario tendrá un cronograma de realización que se acomodará a la impartición del programa de la asignatura y que se proporcionará junto con los seminarios. Cada seminario wiki finalizará con un seminario presencial que impartirá un/a profesor/a especialista en la materia tratada.
 4. Al finalizar el curso, los/las participantes en esta actividad realizarán una encuesta para valorar el grado de satisfacción de la actividad realizada
 5. El/la alumno/a que haya participado con aprovechamiento en la elaboración de los seminarios podrá aportar hasta un punto a su calificación final en la asignatura.
- La profesora de cada grupo tendrá una sesión inicial con todos los/las estudiantes interesados/as, en la que explicará la dinámica de los seminarios, el funcionamiento de

la wiki en Studium y proporcionará una serie de indicaciones para realizar las búsquedas bibliográficas y jurisprudenciales.

Recursos a emplear:

Plataforma virtual de enseñanza Studium; bases de datos bibliográficas y jurisprudenciales; acceso a la web.

Calendario previsto:

Curso 2013/2014 conforme a lo especificado anteriormente.

Se presentan a continuación los resultados que se han obtenido en los dos grupos de Derecho internacional privado en que se ha aplicado durante el presente curso este Proyecto, haciendo referencia en primer lugar a la metodología que se ha utilizado para su puesta en marcha en cada uno de ellos y, posteriormente, se reproducen los textos que han elaborado los/las estudiantes.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

RESULTADOS DEL SEMINARIO WIKI INTERACTIVO REALIZADO EN EL GRUPO I DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CURSO 2013/2014

(Profesora M^a del Mar Velázquez Sánchez)

Título del seminario:

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho internacional privado”

Fechas en las que se ha realizado el seminario:

Primer semestre del Curso 2013/2014

Metodología y desarrollo:

- **Desarrollo a través de la Plataforma Studium.**
- **Participación absolutamente voluntaria.**
- **La participación en el seminario puede conllevar que la calificación obtenida en el examen final, una vez aprobado, suba hasta un punto más.**
- **Todos los alumnos que han participado en el seminario han recibido el correspondiente certificado en el que se acredita tal participación.**
- **El resultado del seminario se adjunta a continuación.**

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

**SEMINARIO “WIKI” INTERACTIVO DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO**

Proyecto de Innovación Docente ID 2013/096

**“LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO”**

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

SUMARIO Y ALUMNOS PARTICIPANTES

I.- LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TJUE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PATRIMONIAL

1.-La interpretación del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001)

1.1.- La interpretación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 44/2001

A.- Ámbito espacial/personal de aplicación del Reglamento 44/2001

- “*El desconocimiento del domicilio del demandado*”, por Paloma Asegurado Martínez y Macarena Delgado Martínez

1.2.- La interpretación de los foros de competencia judicial internacional contemplados en el Reglamento 44/2001

A.- El foro general del domicilio del demandado

- “*La imposibilidad de determinar el domicilio del demandado*”, por Javier Álvarez Parra y Ana Isabel Gago Calvo

B.- La autonomía de la voluntad

- “*El carácter exclusivo de la «prorrogatio fori»*”, por Irene Crespo Serrano
- “*La obligatoriedad de la cláusula de sumisión expresa respecto a terceros*”, por Elisa Dosil Colomer

C.- Los foros especiales en material contractual general

- “*El concepto de «contrato de compraventa de mercaderías»*”, por Irina Evgenieva Nikovska
- “*La determinación del «lugar de entrega de las mercancías» y del «lugar de prestación de los servicios»*”, por Lina María Flórez Guzmán y Natalia Valencia Rodríguez
- “*El «lugar de entrega de las mercancías» y el «lugar de prestación del servicio» en el art. 5.1 Reglamento 44/2001*”, por Ignacio Flores Sancenón y por Víctor González Llorente
- “*La expresión «salvo pacto en contrario» del art. 5.1. b) Reglamento 44/2001*”, por Severiano Sánchez Casillas
- “*El concepto de «lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda»*”, por Álvarez Fernández Baquerín

D.- Las normas de competencia judicial internacional en materia de contratos con parte débil

- “*Sumisión tácita y contratos con parte débil*”, por Gloria de Cabo Navarro
- “*La cláusula de sumisión en el contrato individual de trabajo*”, por Miguel José Flores Rocha
- “*El concepto de «lugar en que radique la agencia, sucursal o establecimiento secundario» en el contrato de trabajo*”, por Marina Barros García-Imhof

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

- *El foro, en materia de contrato de trabajo, previsto en el art. 19.2.a) Reglamento 44/2001*, por Camilo Espinal Arango y María Camila Maya Gil
- *“El concepto de «consumidor»”,* por Heimon Alexander Cuevas Santos y por David Gallego Ferrero
- *“Consumo y contratación electrónica”,* por Lidia Estévez Oitavén
- *“Consumo y contratación por correo ordinario”,* por Pablo Barrueco Ramos
- *“Consumo y contratación de servicios turísticos (viajes combinados)”,* por Gonzalo Alonso Cabezas

E.- Los foros especiales en material de obligaciones extracontractuales

- *“El concepto de «lugar de producción del hecho dañoso»”,* por Mariavittoria Amitrano Veniero, Carolina Fernández Villar, Adrián García del Castillo y Dorinda Petrilli

2.- La interpretación del Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) [Reglamento 593/2008 (Roma I)]

2.1.- La interpretación de los puntos de conexión contemplados en el Reglamento 593/2008 (Roma I)

A.- La autonomía de la voluntad

- *“El «pactum de lege utenda»”,* por María Antúnez Sánchez

B.- La vinculación más estrecha

- *“El concepto de «vínculos más estrechos»”,* por Rocío Falcó Rubio

3.- La interpretación del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) [Reglamento 864/2007 (Roma II)]

3.1.- Interpretación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 864/2007 (Roma II)

A.- El ámbito temporal de aplicación del Reglamento 864/2007 (Roma II)

- *“Aplicación temporal del Reglamento 864/2007 (Roma II)”,* por Ana María Torrecillas Gómez

II.- LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TJUE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

1.- La interpretación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga al Reglamento (CE) nº 1347/2000 (Reglamento 2201/2003)

1.1.- Interpretación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 2201/2003

A.- Ámbito material de aplicación del Reglamento 2201/2003

- *“La aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 en materia de crisis matrimoniales”,* por Ana Bodas Sánchez
- *“La aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental”,* por Carla Santa María Orozco

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

- *“La aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 en materia de traslado y retención ilícita de menores”*, por María del Carmen Blanco Hernández

1.2.- Interpretación de los foros de competencia contemplados en el Reglamento 2201/2003

A.- Foros de competencia en materia matrimonial

- *“El concepto de «nacionalidad común» de los cónyuges”*, por Beatriz Durán Gallego
- *“La alternatividad de los foros de competencia en materia de crisis matrimoniales”*, por Cristina Benítez-Cano Pedraza

B.- Foros de competencia en materia de responsabilidad parental

- *“El concepto de «residencia habitual del menor»”*, por Irene Cea Morán y Noelia García Sánchez
- *“La adopción de medidas provisionales o cautelares”*, por Graciela Villegas Solalinde

C.- Traslado o retención ilícita de menores y atribución de la competencia judicial internacional

- *“La competencia de las autoridades de la residencia habitual del menor”*, por Sandra García García

1.3.- La interpretación de las “normas de aplicación” del Reglamento 2201/2003

A.- El control de oficio

- *“Responsabilidad parental y control de oficio de la competencia”*, por Mariana Castro Echavarría

2.- La interpretación del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

2.1.- La interpretación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 4/2009

A.- Ámbito material de aplicación del Reglamento 4/2009

- *“El concepto de «obligación de alimentos»”*, por Julia Aguilar Aguilar y María Ares Lozano

I.- LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TJUE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PATRIMONIAL

1.-La interpretación del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001)

1.1.- La interpretación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 44/2001

A.- Ámbito espacial/personal de aplicación del Reglamento 44/2001

“El desconocimiento del domicilio del demandado”

Paloma Asegurado Martínez y Macarena Delgado Martínez

SUMARIO: I.- Presentación de las sentencias, hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas. II.- La aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 a un demandado con domicilio desconocido. III.- La notificación de la demanda y derechos de defensa del demandado. IV.- La imposibilidad de certificar una resolución dictada en rebeldía como título ejecutivo europeo cuando se desconoce el domicilio del demandado. V.- ¿Se cumplen las reglas de competencia judicial establecidas en el Reglamento 44/2001 en el supuesto de que una de las partes sea nacional de un estado miembro distinto de aquel en el que se tramita el procedimiento? VI.- ¿Se opone el Reglamento 44/2001 a una disposición de Derecho interno que permite la tramitación de un procedimiento contra personas con domicilio desconocido? VII.- ¿Se oponen las disposiciones del Reglamento 44/2001 a la aplicación de disposiciones nacionales como el artículo 29, apartado 3, OSR, según las cuales, la incoación de un procedimiento contra personas sin domicilio conocido es posible si para dichas personas se designa un curador? VIII.- Conclusiones.

I.- Presentación de las sentencias, hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas.

En la sentencia de 17 de noviembre de 2011 asunto C-327/10, Hypoteční banka, a.s contra Udo Mike Lindner, el TJUE resuelve, con motivo de una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de la República Checa, el problema de la interpretación del art 81 del TFUE en el sentido de si resultan aplicables las reglas de competencia del Reglamento 44/2001 cuando una de las partes de un procedimiento judicial es nacional de un Estado distinto de aquel en el que se tramita el procedimiento.

Otra de las cuestiones prejudiciales planteadas es si el Reglamento 44/2001 se opone a la aplicación de disposiciones de Derecho nacional que permiten la tramitación de un procedimiento cuando se desconoce el domicilio del demandado, en el caso de que el Reglamento 44/2001 no se oponga a dicha tramitación, los órganos jurisdiccionales de la República Checa se cuestionan si las alegaciones realizadas por dicho curador en representación del demandado en paradero desconocido podrían ser consideradas como un sometimiento del demandado al tribunal que este conociendo del asunto en virtud del art 24 del Reglamento 44/2001 (sumisión tacita) aunque dichos tribunales no sean competentes en virtud de lo establecido en el art 16.2 de dicho

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Reglamento, por tratarse dicha controversia de un contrato de consumo, siendo competentes en virtud del art 16.2 los tribunales del domicilio del consumidor.

Por último, se plantea la cuestión sobre si un determinado pacto que determine la competencia territorial de un determinado órgano jurisdiccional, determina la competencia internacional de dicho órgano jurisdiccional elegido conforme al art 17.3 del Reglamento 44/2001, y en caso afirmativo si se aplica también aunque dicho pacto sea contrario a lo establecido en el art 6.1 de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Las cuestiones prejudiciales fueron planteadas en el marco de un litigio entre Hypoteční banka a.s y el Sr. Lindner, con domicilio desconocido, dirigido a obtener el pago de una cantidad de aproximadamente 4,4 millones de coronas checas, correspondientes a cuotas impagadas de un crédito hipotecario que la primera había concedido al segundo.

El 16 de septiembre de 2008 Hypoteční banka, sociedad Checa con domicilio social en Praga interpone una demanda contra el Sr. Lindner por la que solicita el pago de una cantidad de aproximadamente 4,4 millones de coronas checas mas los intereses de demora correspondientes a las cuotas impagadas de un crédito hipotecario que dicha sociedad concedió al Sr. Lindner en virtud de un contrato celebrado entre ambos el 19 de agosto de 2005.

Dicho contrato, contenía una cláusula acordada por ambas partes, por la cual todas las controversias que se derivaran de dicho contrato serían competencia del órgano jurisdiccional de competencia general correspondiente al banco, es decir del órgano en el que el banco tenía su domicilio social en el momento de presentación de la demanda, es decir, Praga.

El problema planteado, es que el consumidor residía en el momento de celebración del contrato en la República Checa a mas de 150 km de Praga lo cual podría suponer una vulneración del art.6 de la Directiva 93/13 del Consejo, por tratarse de una cláusula abusiva.

A pesar del pacto realizado en el contrato, Hypoteční banka interpuso la demanda en la República Checa, domicilio del demandado, al no poder acreditar por motivos ajenos a su voluntad la existencia de un pacto de sumisión expresa a los tribunales de Praga, no cumpliendo pues con un requisito fundamental para la presentación de la demanda en este ultimo órgano jurisdiccional.

El 16 de octubre de 2008 los órganos jurisdiccionales de la República Checa estimaron la demanda expidiendo un requerimiento de pago por el cual, debía abonar la cantidad reclamada por la demandante mas los interés de demora, y por otro lado pagar las costas del juicio.

El requerimiento de pago no pudo ser notificado al demandado tras desconocerse la residencia del mismo, el órgano jurisdiccional anulo el requerimiento mediante auto por exigencia del art 173.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Nacional.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Dado que resultaba imposible dar con el paradero del demandado, el órgano jurisdiccional de la República Checa aplicó el Derecho nacional conforme al cual, nombró un curador que representara al demandado, a quien se considero como persona con domicilio desconocido.

En la sentencia de 15 de marzo de 2012 asunto C-292/10, *G/Cornelius de Visser* el TJUE resuelve el problema de la aplicación de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento 44/2001 en concreto el art. 5.3 en materia de responsabilidad extracontractual a un demandado cuyo domicilio se desconoce, cuestiones que ya fueron resueltas por el TJUE en la sentencia expuesta anteriormente.

La cuestión prejudicial fue planteada por el tribunal alemán en el marco de un litigio entre la Sra. G y el Sr. Cornelius de Visser en relación con una acción de responsabilidad por publicar en un sitio de Internet fotos en las que G aparecía parcialmente desnuda.

El Sr. de Visser es propietario del nombre de dominio y responsable del sitio de Internet www***.de. En 2003 la Sra. G se interesó por el sitio de Internet y por las prestaciones de servicios de aquél.

Fruto de dicho contacto fue que el Sr. de Visser, por medio de una colaboradora y de un fotógrafo al que había apoderado, hizo unas fotos a la Sra. G en Alemania que, supuestamente, iban a utilizarse para una fiesta. En ningún momento ella autorizó la publicación de dichas fotografías ni se trató la cuestión de consignarlas en Internet. En el año 2009 unos compañeros de trabajo compararon a G con las fotografías en cuestión publicadas en Internet.

Tanto la información legal del sitio de Internet controvertido como la base de datos DENIC (registro del dominio .de) indican como contacto al Sr. N**** con dirección en Dortmund (Alemania).

No obstante con ese nombre no figuraba nadie en la guía telefónica de dicha localidad, y además se desconoce el lugar en el que se halla el servidor que alberga el sitio de Internet controvertido, aunque en la información legal del sitio de Internet, el Sr. de Visser consta como propietario de dominio con una dirección en Terneuze y con una dirección postal en Venlo (ambas localidades en Países Bajos).

De esta manera, no fue posible una notificación en esas direcciones pues todos los envíos postales fueron devueltos con la mención «desconocido en destino». Tras una consulta al consulado del Reino de los Países Bajos en Munich se constató que el Sr. de Visser no figuraba inscrito en ningún censo de dicho país. Así, el tribunal alemán ordeno que se notificase por edicto el escrito de demanda disponiendo la tramitación de una fase previa escrita¹.

¹ La notificación edictal del escrito de demanda, conforme a lo previsto en los arts. 185 a 188 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana, se realizó fijando una comunicación de dicha notificación en el tablón de anuncios del tribunal alemán (Landgericht Regensburg)

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El día en que se adoptó la resolución de remisión habían expirado los plazos concedidos al Sr. de Visser en dicha notificación para que anunciara su disposición a defenderse, sin que lo hubiese hecho.

Según el tribunal alemán hay que partir de que el Sr. de Visser desconoce el procedimiento entablado contra él, y que si dicha notificación edictal, de conformidad con el Derecho nacional, tuviera que ceder frente a las normas de la UE a la Sra. G no le quedaría más opción que indicar otras direcciones del demandado en las que se pudiera practicar esa notificación, direcciones que en el caso se desconocen.

Ante ello, el tribunal alemán decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE varias cuestiones prejudiciales, entre ellas la cuestión:

Teniendo en cuenta de los arts. 4.1 y 5.3 del Reglamento núm. 44/2001, ¿se aplica también a los supuestos en que el demandado en un procedimiento civil que tiene por objeto la cesación de un acto, el suministro de información y la indemnización de los daños y perjuicios por la gestión de un sitio de Internet sea (o probablemente) ciudadano de la Unión en el sentido del art. 9 TUE pero se halle en paradero desconocido, de modo que quepa también, aunque en ningún modo sea seguro, que se halle en la actualidad fuera del territorio de la Unión, y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación territorial residual del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 y en que se desconozca también el emplazamiento exacto del servidor que alberga el sitio de Internet, aunque probablemente se encuentre en territorio de la Unión?

II.- La aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 a un demandado con domicilio desconocido.

Los foros de competencia judicial internacional que encontramos en el Reglamento 44/2001 la aplicación del foro general y de los foros especiales se hace depender del criterio del «*domicilio del demandado en un Estado miembro*».

El art. 59 del Reglamento establece que para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará su ley interna y que para determinar si lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado.

Así en el caso *G/Cornelius de Visser* el tribunal alemán descartó que el demandado tuviese domicilio en ese país. Posteriormente a descartar su domicilio en Alemania, practicó varias notificaciones a las direcciones que, supuestamente, el Sr. de Visser tenía en Países Bajos y todas fueron infructuosas. Al encontrarse el demandado en paradero desconocido, y no siendo seguro que se encontrase domiciliado en un tercer Estado, al tribunal alemán se le plantea la cuestión de si aplicar el Reglamento 44/2001 o sus normas de competencia judicial nacionales.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Dicha cuestión fue resuelta por el TJUE a favor del Reglamento 44/2001 justificando su aplicación en dos consideraciones.

En primer lugar, la aplicación de las reglas uniformes del Reglamento, en lugar de las vigentes en los distintos Estados miembros, en circunstancias en las que se desconoce el domicilio del demandado, es *«conforme con el imperativo de seguridad jurídica y con el objetivo de dicho Reglamento consistente en reforzar la protección jurídica de las personas que tienen su domicilio en la Unión, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado»*².

En segundo lugar, los términos *«no estuviere domiciliado en un Estado miembro»* del art. 4 del Reglamento 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que sólo cabe aplicar las reglas de competencia nacionales cuando el tribunal que conoce del asunto tiene indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión. A falta de tales indicios, la competencia judicial internacional de un tribunal de un Estado miembro debe determinarse con arreglo al Reglamento 44/2001, siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación de alguna de sus reglas de competencia judicial internacional.³

De estas sentencias puede deducirse, a nuestro juicio, que el tribunal de origen sólo puede declararse competente conforme a sus normas internas cuando esté totalmente convencido de que el demandado está domiciliado en un tercer Estado puesto que, a falta de tales indicios probatorios, la competencia debe fundamentarla en el Reglamento 44/2001. Cumpliéndose los presupuestos de aplicación del Reglamento 44/2001 y tratándose de un nacional de un Estado miembro que está en paradero desconocido, el TJUE apuesta por los foros del Reglamento sancionando comportamientos fraudulentos de demandados que cambian constantemente de domicilio, a la vez que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante y no provoca una denegación de justicia.

Con esta jurisprudencia lo que pretende propiciar el TJUE es la aplicación uniforme de las normas contenidas en el Reglamento 44/2001, tal y como está previsto en el nuevo Reglamento 1215/2012 por el cual se amplía la aplicación de los foros de competencia judicial internacional a demandados domiciliados en terceros Estados.

III.- La notificación de la demanda y derechos de defensa del demandado

¿Se opone el Derecho europeo a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado al que, ante la imposibilidad de localizarle, se notificó el escrito de demanda

² STJUE de 17 de noviembre de 2011, C-327/10 *Hypoteční banka*, C-327/10, apartado 44. STJUE de 15 de marzo de 2012 asunto C-292/10, *G/Cornelius de Visser*, apartado 39.

³ En el Asunto *G/Cornelius de Visser*, se cumple la regla de competencia judicial internacional del art.5.3 del Reglamento 44/2001 en materia de responsabilidad extracontractual, al ser dicho país el lugar donde se produjo el hecho dañoso o, si aplicamos la jurisprudencia eDate advertisig, el lugar donde se localiza el centro de intereses de la víctima.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

mediante un edicto, de conformidad con el derecho nacional del tribunal que conoce del asunto?

El Reglamento 44/2001 no tiene por finalidad unificar las normas de procedimiento de los Estados miembros, sino regular las normas de competencia judicial internacional y facilitar la ejecución de las resoluciones judiciales, por lo que corresponde a los Estados miembros, fijar las normas procesales aplicables a los procedimientos desarrollados ante sus tribunales, normas que no deben vulnerar el Derecho de la Unión, en particular el Reglamento 44/2001.

Tenemos que partir de que en los casos previstos en las sentencias, el derecho fundamental de defensa concurre con el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante y con que este no tenga una denegación de justicia.

Así, el derecho de defensa del demandado no puede concebirse como un derecho absoluto, pues este derecho encuentra restricciones justificadas por el interés general pero siempre de manera proporcionada. Un objetivo de interés general en el caso que nos ocupa, sería evitar la situación de denegación de justicia en que se encontraría el demandante cuando sea imposible localizar al demandado.

El art. 26 párrafo segundo del Reglamento 44/2001 constituye una expresión del imperativo de evitar un menoscabo desproporcionado del derecho de defensa del demandado al indicar que en caso de incomparecencia del demandado, el tribunal de origen está obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin.⁴ Ahora bien, dado que no conocemos el domicilio del demandado dicho artículo no podría aplicarse al caso.

Conforme a todo lo expuesto, la notificación “edictal” sería compatible con el Reglamento siempre y cuando el tribunal de origen hubiera realizado todas las comprobaciones necesarias de buena fe para encontrar a dicho demandado y sólo cuando haya sido imposible localizarlo sería factible esa forma de notificación y podría continuar el procedimiento dictando sentencia en rebeldía, pues de otra manera estaríamos privando al demandante de su derecho a una tutela judicial efectiva.⁵

IV.- La imposibilidad de certificar una resolución dictada en rebeldía como título ejecutivo europeo cuando se desconoce el domicilio del demandado.

Una cosa es que se dicte sentencia en rebeldía conforme al Reglamento 44/2001, como explica el epígrafe anterior, y otra muy distinta poder certificar la resolución como título ejecutivo europeo, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento 805/2004. Ambos Reglamentos establecen diferentes mecanismos de eficacia de las resoluciones porque responden a principios distintos.

⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, A., “De nuevo una sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I”, *Revista UC3M*, 2012, p. 362.

⁵ Art.47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El Reglamento 805/2004 fue el primer instrumento que suprimió el exequátur de las resoluciones dictadas en materia patrimonial y esa supresión ha sido posible porque se establecen unos requisitos procesales, cuyo estricto cumplimiento por el juez de origen suponen el respeto de los derechos de defensa del deudor y justifica que no se controle la resolución en el Estado miembro de ejecución.

En su art.3 encontramos que debemos entender por crédito no impugnado. Al respecto establece que se considerará como no impugnado el crédito si el deudor en el procedimiento de origen lo aceptó de manera expresa (en un procedimiento judicial, mediante una transacción judicial o en un documento público con fuerza ejecutiva); o mantuvo una actitud pasiva (no impugnándolo o no compareciendo a una vista del órgano jurisdiccional tras una inicial impugnación).

Los arts. 13 y 14 del Reglamento TEE enumeran los distintos métodos de notificación (con acuse de recibo del deudor y sin acuse de recibo del deudor), aunque con la particularidad de que no será admisible una notificación sin acuse de recibo «*si no se conoce con certeza el domicilio del deudor*» (art. 14.2). En tal caso, debe prevalecer la seguridad jurídica, y el silencio del deudor no puede interpretarse como una aceptación tácita de la deuda por lo que, en consecuencia, la resolución dictada en dichas circunstancias no puede certificarse como título ejecutivo europeo.⁶

Además conforme al art.34.2 del Reglamento 44/2001⁷ el demandado puede ejercer su derecho de defensa en fase de reconocimiento y ejecución y como afirma el propio TJUE esa garantía no existiría si en circunstancias como las ocurridas en los litigios de ambas sentencias, «*se certificase como título ejecutivo europeo una sentencia en rebeldía dictada contra un demandado que no tuvo conocimiento del procedimiento*».⁸

V.- ¿Se cumplen las reglas de competencia judicial establecidas en el Reglamento 44/2001 en el supuesto de que una de las partes sea nacional de un Estado miembro distinto de aquel en el que se tramita el procedimiento?

El Reglamento 44/2001 será aplicable siempre y cuando las reglas que lo integran estén supeditadas a un elemento de extranjería, es decir basta con que un tribunal de un Estado miembro se plantee cuestiones relativas a su competencia en el orden internacional para que exista carácter internacional.

El hecho de que el demandado en el procedimiento sea nacional de otro Estado miembro y se desconozca su domicilio puede dar lugar a estas cuestiones por parte del tribunal.

⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, A., “De nuevo una sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I”, *Revista UC3M*, 2012, p. 364.

⁷ Art.34.2 Reglamento 44/2001 el reconocimiento/exequátur va a ser denegado cuando se cumplan los requisitos exigidos en la norma y cuando realmente ha habido una lesión del derecho de defensa. Si el demandado fue rebelde por conveniencia o culpa debe soportar las consecuencias de su actitud.

⁸ Asunto *G/Cornelius de Visser*, apartado 66.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

La finalidad del art 16.2 del Reglamento 44/2001 es sin duda, que el consumidor solo puede ser demandado ante los tribunales del Estado miembro en el que estuviere domiciliado, de modo que si permitimos que se pueda interponer la demanda en otro Estado miembro distinto del domicilio del consumidor, estaríamos vaciando de contenido el art 16.2.

Las reglas de competencia judicial establecidas en el Reglamento 44/2001 no tienen en cuenta que una de las partes litigantes tenga nacionalidad extranjera, pero realmente dicha nacionalidad extranjera del demandado en este litigio puede plantear problemas con respecto a la determinación de la competencia internacional del órgano que conoce del asunto, pues dicho órgano jurisdiccional conoce de una demanda presentada contra un nacional de otro Estado miembro cuyo domicilio es desconocido por dicho tribunal.

Es posible que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional el demandado se consideren competentes aunque éste carezca de domicilio en dicho Estado, pero esto supondría un riesgo para el demandado pues como dice el art 16.2, éste solo puede ser demandado ante los tribunales de su domicilio, las reglas de competencia del Reglamento 44/2001 serán aplicables con la finalidad de garantizar seguridad jurídica y otorgar una protección al demandado domiciliado en la UE.

VI.- ¿Se opone el Reglamento 44/2001 a una disposición de Derecho interno que permite la tramitación de un procedimiento contra personas con domicilio desconocido?

Es importante mencionar que el art 16.2 del Reglamento 44/2001 establece que las acciones entabladas contra un consumidor solo podrán interponerse ante los tribunales del Estado miembro en el que estuviere domiciliado el consumidor, por ello cuando el juez nacional conoce de una acción contra un consumidor, debe verificar conforme a su Derecho interno (art 59.1 del Reglamento 44/2001) si dicho consumidor está domiciliado en ese Estado miembro.

Si el juez, tras llevar a cabo una investigación sobre el domicilio del demandado, llega a la conclusión de que no está domiciliado en ese Estado miembro, debe averiguar si éste se encuentra domiciliado en otro Estado miembro aplicando para ello el Derecho de ese otro Estado miembro (art 59.2 del Reglamento 44/2001)

Si no consigue averiguar dónde se encuentra domiciliado el consumidor ni dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que dicho consumidor está domiciliado fuera de la Unión, será aplicable el art 4 del Reglamento 44/2001, “*si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro*”

Según el art 4 del Reglamento 44/2001, si el demandado no se encuentra domiciliado en el territorio de un Estado miembro, la competencia judicial internacional se regirá en cada Estado miembro por la ley de ese Estado miembro.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Además sería preciso determinar si el art 16.2 al hablar de domicilio del consumidor, puede hacer referencia, no solo al actual, sino también al último domicilio conocido.

El TJUE ha declarado que en una situación como la presente, en la que un consumidor ha firmado un contrato de préstamo inmobiliario de larga duración en el que se establecía la obligación de informar al prestamista de cualquier cambio de domicilio, renuncia a su domicilio antes de la interposición de una acción en su contra por incumplir sus obligaciones contractuales, los tribunales del Estado miembro del último domicilio del consumidor son competentes en virtud del art 16.2 siempre y cuando no se haya logrado determinar el domicilio del consumidor conforme al art 59, y siempre que no existan indicios probatorios de que el consumidor puede estar domiciliado fuera de la Unión.

Por tanto dicho Reglamento, no se opone a la tramitación de un procedimiento conforme al Derecho procesal interno con el fin de evitar una denegación de justicia, así el derecho de defensa del demandado no puede concebirse como un derecho absoluto, pues este derecho encuentra restricciones justificadas por el interés general pero siempre de manera proporcionada. Un objetivo de interés general en el caso que nos ocupa, sería evitar la situación de denegación de justicia en que se encontraría el demandante cuando sea imposible localizar al demandado.

VII.- ¿Se oponen las disposiciones del Reglamento n° 44/2001 a la aplicación de disposiciones nacionales como el artículo 29, apartado 3, OSŘ⁹, según las cuales, la incoación de un procedimiento contra personas sin domicilio conocido es posible si para dichas personas se designa un curador?

La designación de un curador en virtud del artículo 29, apartado 3, OSŘ permite continuar el procedimiento contra el demandado en el procedimiento principal, aunque su domicilio se desconozca y la propia demanda no se le haya notificado.

Las normas del Reglamento n° 44/2001 no se oponen a la aplicación de tal norma nacional, el reglamento establece que es competencia de los Estados miembros promulgar una norma de procedimiento como el artículo 29, apartado 3, OSŘ, conforme a la cual puede designarse un curador para un demandado sin domicilio conocido de forma que continúe el procedimiento iniciado contra él.

Ahora bien, al aplicar su ley nacional, el órgano jurisdiccional nacional debe garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión. En un caso como el presente deben tomarse en consideración, en particular, las reglas de competencia previstas en el Reglamento n° 44/2001 y garantizarse la protección de los derechos de defensa del demandado.

En virtud del artículo 24 del Reglamento n° 44/2001, será competente el tribunal ante el que compareciere el demandado. Esta regla no será de aplicación si la

⁹ OSŘ, Derecho nacional de la República Checa: Ley de Enjuiciamiento Civil.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia o si existiere otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 22.

En la sentencia Hendrikman¹⁰, el Tribunal de Justicia declaró que la comparecencia de un representante procesal que no ha sido designado por el demandado no puede interpretarse como comparecencia del demandado en el sentido del artículo 27, número 2, del Convenio de Bruselas I, que es el precursor del artículo 34, número 2, del Reglamento n° 44/2001.

En dicho caso, se trata de un curador judicial y no de un abogado sin autorización como en el caso Hendrikman. A pesar de ello, la jurisprudencia invocada puede aplicarse a un caso como el de autos.

Uno de los objetivos del Reglamento n° 44/2001, es proteger los derechos de defensa del demandado, artículo 47, apartado 2, de la Carta. Lo cual no es compatible con un caso como el presente en el que al propio demandado se le imputa la comparecencia de un curador que ha sido designado sin la voluntad ni el conocimiento del demandado, en segundo lugar, un curador que no tiene ningún tipo de contacto con el demandado normalmente no dispone de la información necesaria para poder valorar si una comparecencia en el sentido del artículo 24 del Reglamento puede redundar en beneficio del demandado y, en tercer lugar, dicha falta de información amenaza con dificultar al curador la impugnación de la competencia del tribunal en cuestión.

VIII.- Conclusiones

Los términos «*no estuviere domiciliado en un Estado miembro*» del art. 4.1 del Reglamento 44/2001 se interpretan en el sentido de que no impide que se apliquen los foros de competencia judicial internacional de dicho Reglamento siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación de los mismos, si ante un demandado, que es probablemente ciudadano de la Unión pero se encuentra en paradero desconocido, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto no dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que dicho demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión Europea.

El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado al que, ante la imposibilidad de localizarle, se notificó el escrito de demanda mediante un edicto siempre que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto se haya cerciorado antes de que se realizaron todas las averiguaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar a dicho demandado.

Con ello lo que se pretende propiciar es la aplicación uniforme de las normas contenidas en el Reglamento 44/2001, tal y como prevé el nuevo Reglamento

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de octubre de 1996. - Bernardus Hendrikman y Maria Feyen contra Magenta Druck & Verlag GmbH. Asunto C-78/95 sobre la interpretación del número 2 del artículo 27 en el reconocimiento de una resolución dictada en rebeldía.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

1215/2012 el cual amplía la aplicación de los foros de competencia judicial internacional a demandados domiciliados en terceros Estados.

BIBLIOGRAFIA

- STJUE 17 de noviembre 2011, as. C 327/10, *Hypoteční banka a.s. y Udo Mike Lindner*
- STJUE 15 de marzo 2012, as. C-292/10, *G. / Cornelius de Visser*
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, A., “De nuevo una sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I”, *Revista UC3M*, 2012.
- LEGISLACION
 - Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
 - Reglamento (CE) 805/2004 de 21 de abril de 2004 por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.
 - Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el comercio electrónico.

1.2.- La interpretación de los foros de competencia judicial internacional contemplados en el Reglamento 44/2001

A.- El foro general del domicilio del demandado

“La imposibilidad de determinar el domicilio del demandado”

Javier Álvarez Parra y Ana Isabel Gago Calvo

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de noviembre de 2011

En esta Sentencia de 17 de Noviembre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) nos encontramos ante un litigio relativo a un incumplimiento en el pago de las cuotas de un crédito hipotecario que nace a partir del contrato celebrado el 19 de agosto de 2005 por parte del Sr Lindner nacional alemán que en el momento de celebración del contrato reside en la Republica Checa pero con domicilio actual desconocido y el banco Hypoteční banka con domicilio social en Praga-Republica Checa.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

En el contrato hay un pacto de sumisión expresa a los tribunales de la República Checa que es el lugar del domicilio social del Banco.

El 16 de octubre de 2008 los órganos jurisdiccionales checos estiman la demanda presentada por el banco y deciden condenar al demandado-Sr Lindner por el incumplimiento del contrato. Al no poderse notificar al demandado personalmente la demanda como exige la Ley de Enjuiciamiento civil checa, se anuló la decisión. Como el demandado no residía en ninguna de las direcciones que conocía el órgano jurisdiccional; la Ley de Enjuiciamiento civil checa exige que se nombre a un curador que represente al demandado y así se hizo.

Los tribunales checos ante este conflicto con elementos extranjeros plantearon al TJUE una cuestión prejudicial con el objetivo de que interprete los artículos 81 del Tratado de Funcionamiento de la UE y los artículos 16.2, 17.3 y 24 del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Las preguntas al TJUE eran las siguientes:

- Primera: si en un procedimiento una de las partes es nacional de un estado distinto del estado en que se tramita el procedimiento, que ocurre con los requisitos de aplicabilidad del Reglamento 44/2001
- Segunda: ¿Se opone el Reglamento 44/2001 a la aplicación de disposiciones de Derecho nacional que permiten la tramitación de un procedimiento en contra de personas sin domicilio conocido?

Respuestas:

- Primera cuestión: Hay que considerar que las reglas de competencia establecidas en el Reglamento 44/2001 no tienen en cuenta que una parte litigante tenga nacionalidad extranjera. Pero hay que diferenciar dos cuestiones: por un lado lo relativo a los requisitos de aplicación de las reglas de competencia del Reglamento 44/2001 y por otro los criterios por los que se rige la competencia internacional conforme a esas reglas.

Según el TJUE los órganos jurisdiccionales del estado miembro del que es nacional el demandado podrían considerarse igualmente competentes, incluso en el supuesto de que éste carezca de domicilio conocido en dicho estado.

En este supuesto el demandado tiene nacionalidad extranjera y no tiene domicilio en el estado del territorio del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la acción, aun así pueden resultar aplicables las reglas de competencia del Reglamento 44/2001.

- Segunda: se pregunta si el Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de derecho interno de un estado miembro que permite la tramitación de un procedimiento contra personas sin domicilio conocido.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Hay que considerar que el artículo 16.2 del Reglamento indica que la acción entablada contra un consumidor por la parte contratante solo puede interponerse ante los tribunales del estado miembro en que este domiciliado el consumidor. Así que el juez del órgano ante el que se interpone la acción tiene que verificar que el demandado está domiciliado en su estado miembro, aplicando su derecho interno conforme al artículo 59.1 del Reglamento 44/2001.

El problema es que ocurre si el juez determina que el demandado no tiene domicilio en su Estado miembro. En ese caso debe comprobar si el demandado está domiciliado en otro estado miembro y para ello aplicaría el derecho interno de ese otro estado miembro también en virtud del artículo 59.1 del Reglamento.

Si tampoco logra determinar que el demandado tiene domicilio en algún estado miembro, nos preguntamos si con arreglo al artículo 16.2 del Reglamento podemos entender que la regla de que “son competentes los tribunales del estado miembro en que está domiciliado el consumidor” comprende o puede considerarse como “domicilio del consumidor” el ultimo domicilio conocido del consumidor o si lo que debe tenerse en cuenta es el domicilio del consumidor “en el momento en que se inicia el litigio o se interpone la demanda”.

De esta manera serian competentes los tribunales del último domicilio conocido del consumidor y no se produciría una denegación de justicia al demandante.

En cualquier caso esta última interpretación se tomaría en consideración siempre que el órgano jurisdiccional ante el que se ejercitó la acción no consiga determinar cuál es el domicilio actual del consumidor ni en el estado miembro del propio órgano jurisdiccional que conoce del asunto ni en otro; actuando de buena fe y con la diligencia necesaria.

Podría alegarse que con esta interpretación del artículo 16.2 se está vulnerando el derecho de defensa del demandado. Sin embargo el derecho de defensa como derecho fundamental no tiene un carácter absoluto como ha indicado el TJUE sino que tiene limitaciones que en cualquier caso deben responder al interés general. El TJUE entiende que evitar una denegación de justicia o garantizar la tutela judicial efectiva es un objetivo de interés general y de ahí la interpretación que hace del artículo 16.2 del Reglamento 44/2001.

Como ya indiqué anteriormente, el derecho de defensa puede verse menoscabado parcialmente con la solución a la que llega el TJUE. No obstante se exige que el órgano jurisdiccional ante el que se ejercita la acción no actúe arbitrariamente sino que para que el procedimiento sea válido debe actuar con la diligencia necesaria y de buena fe con el objetivo de verificar la existencia o no de domicilio del demandando y una vez constatado la no existencia de domicilio conocido continuar el procedimiento sin la comparecencia del demandado.

Por ello esa restricción del derecho de defensa consecuencia de la interpretación dada por el TJUE para el artículo 16.2 del Reglamento 44/2001 queda justificada por el

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

derecho a la tutela judicial efectiva. Si el artículo 16.2 no se interpretara de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva quedaría menoscabado completamente.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2012

Se plantea cuestión prejudicial en el marco de un litigio entre G y el Sr de Viesser por la publicación en Internet de fotos en las que G aparecía parcialmente desnuda. Se trata de la interpretación de varias disposiciones entre ellas los artículos 4.1, 5.3 y 25.2 del Reglamento 44/2001.

El Sr Visser es propietario y responsable de la web donde se publicaron las fotografías de G quien en ningún momento había autorizado su publicación. El Sr Viesser aparece como propietario con domicilio en Países Bajos y dirección postal también en Países Bajos. Aun así no fue posible realizar ninguna notificación en estas direcciones. Además se desconoce el lugar en que se halla el servidor de internet.

Conforme a la Ley de Enjuiciamiento civil alemana, al no ser posible la notificación personal al demandado, se realiza una notificación edictal en el tablón de anuncios del Landgericht Regensburg. A pesar de todo el demandado no compareció por lo que puede entenderse que desconocía la demanda y el procedimiento iniciado.

Ante esta situación los órganos jurisdiccionales que están conociendo del caso suspenden el procedimiento y plantean ante el TJUE una serie de cuestiones prejudiciales.

El problema principal es que hay un demandado en paradero desconocido y que no se conoce su domicilio. Hay muchos indicios que llevan a los órganos jurisdiccionales a pensar que el demandado si está domiciliado en estado miembro pero no se tiene la certeza de ello. Por lo tanto se genera el problema de si se podrá determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales conforme al Reglamento 44/2001 porque el artículo 4.1 indica que si el demandado no está domiciliado en estado miembro, la competencia judicial se regirá en cada estado miembro por la ley del este estado miembro.

El artículo 5.3 determina como foros especiales que las personas domiciliadas en Estado miembro podrán ser demandadas en otro estado miembro en materia delictual o cuasidelictual ante el tribunal del lugar donde se hubiese producido o pudiera producirse en hecho dañoso.

Como hay indicios de que el demandado está domiciliado en estado miembro pero no puede determinarse con certeza como tampoco puede verificarse que el demandado esté domiciliado en otro estado no miembro, el TJUE llega a la conclusión de que la competencia internacional del órgano jurisdiccional de un estado miembro se establece

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

con arreglo al Reglamento 44/2001 porque en este supuesto se cumple el artículo 5.3 de dicho reglamento.

Así que en este litigio el artículo 4.1 hay que interpretarlo en el sentido de que no impide que se aplique el 5.3 frente a un demandado que probablemente es ciudadano de la Unión europea pero que se halla en paradero desconocido siempre que el órgano jurisdiccional no disponga de indicios probatorios que le lleven a la conclusión de que el demandado no tiene domicilio fuera de la Unión.

Otra de las cuestiones planteadas es si el derecho de la Unión se opone a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado en paradero desconocido al que se le notificó la demanda mediante un edicto conforme al derecho interno.

El TJUE recuerda que cada estado miembro en el marco de su autonomía puede fijar las normas procesales que considere oportuno siempre que no vulneren el derecho de la Unión y entre ellos el reglamento 44/2001.

En ningún caso se puede ver vulnerado el derecho de defensa del demandado sin embargo como ya ha indicado anteriormente el TJUE el derecho de defensa aunque es un derecho fundamental no es un derecho absoluto puesto que podría quedar limitado en el supuesto que nos ocupa por el derecho a la tutela judicial efectiva porque de no atender a las pretensiones del demandante por el hecho de que no se localiza al demandado, se estaría produciendo una denegación de justicia.

En cualquier caso conforme a la interpretación del artículo 26.2 del Reglamento 44/2001 por parte del Tribunal de Justicia de la UE que dice lo siguiente: *este tribunal estará obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado diligencia a tal fin*; aunque no se acredite que el demandado ha recibido el escrito de demanda, el órgano jurisdiccional competente si podría tramitar el procedimiento siempre que “se hubieran adoptado las diligencias necesarias que permitieran al demandado defenderse.

Se advierte una colisión continua entre el derecho de defensa del demandado y el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante que solicita tutela judicial. Con la interpretación del TJUE del artículo 26.2 puede ocasionarse un menoscabo en el derecho de defensa sin embargo queda justificado por el derecho de la otra parte a la tutela judicial. De no hacer esta interpretación, se vulneraría en todo su contenido el derecho a la tutela judicial efectiva.

Hay que considerar además que el derecho de defensa no queda apartado del procedimiento porque una vez que se dicte sentencia en contra del demandado, éste conforme al art 34.2 del Reglamento 44/2001 puede oponerse al reconocimiento de dicha sentencia.

Por ello es válido y conforme al derecho de la Unión dictar una sentencia en rebeldía en contra de un demandado al que no se le pudo localizar siempre que los

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

órganos jurisdiccionales actuaran de buena fe y con la diligencia necesaria para averiguar su localización.

Otra de las cuestiones que trata el TJUE en esta sentencia es acerca de si una sentencia dictada en rebeldía del demandado puede ser considerada título ejecutivo europeo. En virtud del artículo 14.2 del Reglamento 805/2004 que regula el título ejecutivo europeo, indica que no es admisible la notificación con arreglo al apartado 1 si no se conoce con certeza el domicilio del demandado. Por ello una sentencia dictada en rebeldía por no haber sido posible determinar el domicilio del demandado en ningún caso podrá ser título ejecutivo europeo.

El motivo que alega el tribunal para que no pueda ser considerada título ejecutivo europeo la sentencia dictada en rebeldía se encuentra en el propio derecho de defensa del demandado ejercitado una vez tenga conocimiento de dicha sentencia condenatoria oponiéndose al reconocimiento de ésta conforme al artículo 34.2. En virtud de este artículo podría oponerse al reconocimiento de forma que está ejercitando su derecho de defensa. Sin embargo si la sentencia dictada en rebeldía pudiera ser título ejecutivo europeo ya no podría oponerse conforme al art 34.2 del reglamento 44/2001 y por lo tanto quedaría totalmente restringido su derecho de defensa.

El TJUE en esta sentencia también hace una interpretación del artículo 3.1 y 2 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

El art 3.1 y 2 establecen lo siguiente:

- 1. Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado.*
- 2. Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.*

Esta directiva pretende asegurar la libre circulación de los servicios de la sociedad de información entre los estados miembros. Estas disposiciones serian aplicables en el caso de que el tribunal remitente comprobara que el demandado está establecido en el territorio de estado miembro porque de lo contrario no se aplicaría. La aplicación de esta disposición está supeditada según el TJUE a la identificación del Estado miembro en cuyo territorio está establecido el prestador de que se trate pero como en el supuesto no se identifica donde está situado el prestador de servicios de internet no podría aplicarse.

Conclusiones de la abogada general Sra Verica Trstenjak

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Introducción (cuestiones prejudiciales planteadas):

En primer lugar, se plantea si las normas del Reglamento 44/2001 se oponen a la aplicación de una normativa nacional en virtud de la cual, al interponerse una demanda contra un demandado sin domicilio conocido puede designarse un curador *ad litem* que represente a dicho demandado en el marco del procedimiento. Y si son aplicables las reglas de competencia de dicho Reglamento o no.

La segunda cuestión planteada es si en virtud del art. 24 del Reglamento se le puede atribuir la competencia cuando tal curador formula alegaciones sobre el fondo sin plantear la falta de competencia del órgano jurisdiccional remitente.

Por último, el órgano jurisdiccional remitente desea conocer si a partir de un acuerdo atributivo de competencia territorial puede deducirse tácitamente un acuerdo que atribuya competencia internacional en el sentido del art 17.3 del Reglamento 44/2001 y qué efectos puede producir sobre la eficacia del acuerdo atributivo de competencia internacional el hecho de que el acuerdo atributivo de competencia territorial no sea vinculante debido a su carácter abusivo, conforme a la directiva 93/13.

Disposiciones aplicables:

Carta de los derechos fundamentales de la UE:

El art. 47 regula el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

Reglamento 44/2001:

El considerando undécimo señala que las reglas de competencia judicial internacional deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y que esta competencia debe regir siempre excepto en casos concretos en que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique un criterio diferente.

Las disposiciones sobre competencia están recogidas en el capítulo II del Reglamento:

- El art.2 contempla el foro general del domicilio del demandado.
- El art.3 contempla la aplicabilidad del Reglamento 44/2001 cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro.
- El art 4 contempla el supuesto de aplicabilidad de que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro y señala que para regular la competencia judicial internacional será aplicable la legislación interna de cada Estado.

En cuanto a los contratos de seguros, de los celebrados por consumidores o de trabajo, son contratos con parte débil y es oportuno proteger a dicha parte mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

La sección 7 del Reglamento 44/2001 se refiere a la prórroga de la competencia y comprende los arts. 23 y 24, los cuales contemplan la sumisión expresa y la sumisión tácita respectivamente.

Directiva 93/13:

Esta directiva tiene por objeto las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Obcansky Soudní Rád (Ley de Enjuiciamiento Civil).

Art 173.1 y 29.3. Estos dos arts. disponen que la resolución condenando al pago se le deberá notificar al demandado personalmente y que podrá nombrarse un curador para una parte cuyo domicilio se desconozca.

Hechos, procedimiento ante el órgano jurisdiccional y cuestiones prejudiciales:

Hechos:

En el procedimiento principal, el demandado es de nacionalidad alemana y el demandante es una persona jurídica establecida en la República Checa. Ambos celebraron un contrato de préstamo hipotecario el 19 de agosto de 2005 para financiar la compra de un inmueble y acordaron en relación con las controversias derivadas de dicho contrato, que sería competente el tribunal de la localidad donde estaba sita la demandante.

Procedimiento:

El 16 de diciembre la demandante presentó ante el órgano jurisdiccional remitente una demanda de reclamación de cantidad contra el demandado más los intereses de demora por incumplimiento de las obligaciones del contrato celebrado. El 16 de octubre de 2008 dicho órgano dictó resolución condenando al pago, la cual no pudo ser notificada personalmente ya que el demandado ya no residía en la dirección indicada por el demandante y el 8 de septiembre de 2009 la resolución se anuló por no haber sido posible su notificación. Pero con el fin de proseguir el procedimiento, el órgano jurisdiccional remitente asignó al demandado como persona sin domicilio conocido, un *curador ad litem*.

Apreciación jurídica:

La aplicación del art 29.3 OSR (designación de un curador) es compatible con el Reglamento 44/2004 aunque al aplicar dicho precepto, hay que respetar las exigencias

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

del Derecho de la Unión que, en particular, las que derivan del Reglamento (reglas de competencia y requisitos mínimos relativos al derecho de defensa del demandado).

Por tanto, son aplicables las reglas del Reglamento 44/2001 y el órgano jurisdiccional debe comprobar si es competente conforme a las normas del Reglamento. La aplicación de las mismas está supeditada a la existencia de un elemento de extranjería y para que exista tal carácter internacional basta con que un tribunal de un Estado miembro se plantee cuestiones relativas a su competencia en el orden internacional. Asimismo, el art 16.2 del Reglamento 44/2001 señala que un consumidor solo podrá ser demandado ante los tribunales del Estado miembro en que estuviese domiciliado. Si el órgano jurisdiccional remitente no puede fundamentar su competencia internacional en un acuerdo atributivo de competencia internacional entre la demandante y el demandado en el procedimiento principal, deberá respetar los requisitos del art. 16 del Reglamento 44/2001. Esta disposición busca proteger al consumidor de ser demandado ante los tribunales de otro Estado miembro distinto al de su domicilio.

El órgano jurisdiccional remitente debe comprobar tal domicilio conforme a lo que dispone el art. 59 del Reglamento 44/2001 y si el órgano jurisdiccional no puede presumir con seguridad que un consumidor no está domiciliado en otro Estado miembro, deberá declararse de oficio incompetente conforme al art. 26 del Reglamento 44/2001. Esto también hay que ponerlo en relación con el art. 4 del Reglamento 44/2001 porque si el órgano jurisdiccional tiene la certidumbre de que el demandado en el procedimiento principal no está domiciliado en la República Checa ni en otro Estado miembro, la competencia se fundamentaría en el art.4, es decir, se determina conforme al derecho nacional, lo que es compatible con el nombramiento de un curador.

Respecto a la *comprobación de la competencia*, el art. 24 del Reglamento 44/2001 señala que será competente el tribunal ante el que compareciere el demandado, lo cual se aplica a los contratos celebrados por consumidores. El concepto de comparecencia del demandado del art. 24 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que un curador, designado para un consumidor demandado sin la voluntad ni el conocimiento del mismo, no puede comparecer en nombre de dicho demandado, pues no tiene ningún tipo de contacto con el demandado y por tanto no dispone de la información necesaria para poder valorar si una comparecencia en el sentido del art. 24 puede redundar en beneficio del demandado. Además, dicha falta de información dificultaría al curador la impugnación de la competencia del tribunal en cuestión.

Sobre el acuerdo atributivo de competencia internacional según el art. 17.3 del Reglamento cabe señalar que si de un pacto sobre la competencia territorial de un tribunal también se infiere la voluntad de las partes de celebrar un pacto tácito sobre la competencia internacional de los tribunales del Estado miembro en cuestión, tal pacto tácito puede fundamentar la competencia internacional de un tribunal de ese Estado miembro conforme al art. 17.3 del Reglamento 44/2001 y el hecho de que el acuerdo atributivo de competencia territorial no sea vinculante debido a su carácter abusivo, conforme a la directiva 93/13, normalmente no afecta al pacto sobre competencia judicial internacional, salvo que se deduzca algo diferente de la voluntad de las partes.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que, según la voluntad de las partes, el pacto sobre la competencia territorial y el pacto sobre la competencia internacional no constituyen una unidad en lo referente a su contenido, el carácter no vinculante de la cláusula atributiva de competencia territorial no afectaría a la cláusula atributiva de competencia internacional.

Hay que tener en cuenta que se trata de un contrato celebrado por un consumidor en el sentido del art. 15 del Reglamento 44/2001, por lo que han de aplicarse las disposiciones especiales de la sección 4 del capítulo II de dicho Reglamento, teniendo en cuenta el art.16 señalado anteriormente. Aunque es posible pactar un acuerdo atributivo de competencia conforme al art. 17.3 del Reglamento. Por tanto, un consumidor y su contratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, pueden atribuir competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de éste prohibiese tales acuerdos.

Este art. 17 del Reglamento se puede aplicar aunque en la fecha de interposición de la demanda, el demandado en el procedimiento principal ya no estuviese domiciliado en el territorio de un Estado miembro. Basta con que ambas partes tuviesen su domicilio en el territorio del Estado miembro en cuestión en la fecha de la celebración del acuerdo (ambos estaban domiciliados en la República Checa).

Sobre el examen del acuerdo atributivo de competencia internacional a la luz de la Directiva 93/13 hay que tener en cuenta que en virtud del art. 17.3 del Reglamento, el pacto sobre la competencia internacional debe ser admisible con arreglo al Derecho nacional, el cual debe respetar el Derecho de la Unión, por lo que deben tomarse en consideración los requisitos de la Directiva 93/13.

Las cláusulas atributivas de competencia internacional incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva señalada están sujetas a un control de carácter abusivo (art.3) y al principio de redacción clara y comprensible. Una cláusula atributiva de competencia internacional que pertenece al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 no puede considerarse abusiva en el sentido del art. 3.1 por el hecho de que prevea que en los litigios entre el consumidor y el profesional dispondrán de competencia internacional los tribunales del Estado miembro en que ambos están domiciliados al celebrar el acuerdo. Hay que tener en cuenta que con el art. 17.3 del Reglamento 44/2001 se pretende conceder al cocontratante del consumidor la posibilidad de evitar una alteración de la competencia internacional en el caso de abandonar el consumidor el Estado miembro común.

Son los tribunales nacionales los que tienen que valorar el carácter abusivo de una cláusula teniendo en cuenta los criterios del legislador de la Unión.

B.- La autonomía de la voluntad

“El carácter exclusivo de la «prorrogatio fori»”

Irene Crespo Serrano

SUMARIO: 1.- PLANTEAMIENTO GENERAL. 2.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. *El problema de la extensión de efectos de la sumisión expresa a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 15 de noviembre de 2012.* 3.- CONCLUSIONES.

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

El foro de sumisión expresa del art. 23 del Reglamento 44/2001 válidamente realizado produce distintos efectos jurídicos, a saber: prórroga de la competencia o *prorrogatio fori*, efecto de derogación o *derogatio fori*, efectos obligatorios, efectos objetivos, efectos interpartes y efectos de la nulidad del contrato sobre el acuerdo de sumisión. A los efectos del análisis que vamos a llevar cabo, nos interesa destacar el primer y segundo efectos.

El efecto de prórroga del foro de sumisión expresa, supone la atribución de competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro que de otro modo no serían competentes en atención al Reglamento 44/2001, de manera que los tribunales designados por las partes serán los “únicos competentes” para conocer de la cuestión en los términos pactado en el acuerdo de sumisión. Mientras que el efecto de derogación o *derogatio fori*, implica que ese acuerdo expreso de sumisión excluye la competencia judicial internacional de cualquier otro tribunal que pudiese ser competente según el Reglamento 44/2001 de no existir el acuerdo expreso de sumisión¹¹.

2.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

El problema de la extensión de los efectos de la sumisión expresa a la luz de la STJUE de 15 de noviembre de 2012 en el caso Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros / Samskip GmbH.

¹¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ. J y CALVO CARAVACA. A. *Derecho Internacional Privado*, Vol. I. 14ª ed., Editorial Comares, pp 227 – 228.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El análisis de la citada sentencia nos sirve para darnos cuenta de que el carácter exclusivo de la *prorrogatio fori* y su extensión, no son cuestiones tan sencillas como aparentemente se presentan.

Planteamiento del litigio principal:

A grandes rasgos, podemos indicar que el planteamiento del litigio principal que sirve de base a la citada sentencia es el siguiente: Krones AG, sociedad alemana cuyas aseguradoras de transporte son Gothaer Allgemeine Versicherung AG, ERGO Versicherung AG, Versicherungskammer Bayern-Versicherungsanstalt des öffentlichen Rechts y Nürnberger Allgemeine Versicherungs AG, que había vendido equipos de producción de cerveza a una empresa mexicana, encomendó a Samskip GmbH, filial alemana de Samskip Holding BV, empresa de transporte y logística constituida en Islandia y establecida en Rotterdam (Países Bajos), organizar y realizar el transporte de dichos equipos de Bélgica a México con arreglo a un conocimiento de embarque en el que se recogía una cláusula por la que se atribuía competencia a los órganos jurisdiccionales islandeses.

Alegando que la carga había sufrido daños durante el transporte, el destinatario y Gothaer y otros demandaron, el 30 de agosto de 2007, a Samskip GmbH ante los tribunales belgas.

Mediante sentencia inhibitoria de 5 de octubre de 2009, la cour d’appel de Anvers (Bélgica) declaró, en el fallo de su resolución “carecer de competencia jurisdiccional” después de estimar, en su motivación, que la cláusula del conocimiento de embarque por la que se atribuía competencia a los órganos jurisdiccionales islandeses era válida y que si Gothaer y otros podían intervenir como sucesores de los derechos de Krones AG, estas sociedades estaban obligados por dicha cláusula.

Dado que Krones AG y Gothaer y otros presentaron, en septiembre de 2010, una nueva demanda de indemnización ante los tribunales alemanes, el Landgericht Bremen, al albergar dudas sobre los efectos que produce la resolución dictada en Bélgica, suspendió el procedimiento mediante resolución de 25 de agosto de 2011.

Cuestiones prejudiciales y su análisis:

El Landgericht Bremen planteó en tal supuesto un total de 3 cuestiones prejudiciales al TJUE, las cuales realmente se pueden agrupar en dos bloques:

- ✓ Saber si el concepto de resolución en el sentido del art. 32 del Reglamento 44/2001 comprende o no una decisión por la que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro declina su competencia basándose en una cláusula de prórroga de competencia, aun cuando dicha resolución es considerada como una “resolución sobre la admisibilidad” en el Estado miembro requerido.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

- ✓ Saber si los arts. 32 y 33 del Reglamento 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional al que se solicita el reconocimiento de una resolución por la que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ha declinado su competencia en virtud de una cláusula de prórroga de competencia está o no vinculado sobre la validez y el alcance de dicha cláusula, que figura en la motivación de la resolución.

En definitiva, debemos responder a la cuestión de si una resolución dictada por el juez de un Estado miembro declara, en el fallo, “carecer de competencia jurisdiccional” en base al reconocimiento, en su motivación, de la validez de una cláusula por la que se atribuye competencia a los tribunales de un tercer Estado, obliga o no obliga al juez de otro Estado miembro, que conoce de la misma demanda, a declararse también incompetente.

Análisis de la primera cuestión:

Partiendo de la interpretación amplia y extensiva que el art. 32 del Reglamento 44/2001 otorga al concepto de “resolución”¹², debemos comenzar apuntando que las resoluciones sobre admisibilidad relativas a la apreciación de la competencia o a la falta de competencia internacional deberían considerarse susceptibles de reconocimiento, en la medida en que el principio de ampliación de los efectos, formulado por el TJUE para las resoluciones sobre el fondo, puede y debe extrapolarse a una resolución sobre admisibilidad por la que el tribunal de origen se declara competente o incompetente internacionalmente¹³. Ni el Reglamento 44/2001 ni el Convenio de Lugano de 2007 diferencian entre las decisiones de admisibilidad y las sentencias sobre el fondo, por lo que determinar si una decisión puede ser reconocida o ejecutada no puede depender de su calificación jurídica en el Estado de origen o en el Estado requerido.

Según reiterada jurisprudencia¹⁴, para garantizar la plena eficacia y la aplicación uniforme en el territorio de todos los Estados miembros, los conceptos del Reglamento 44/2001 deben interpretarse de forma uniforme y autónoma remitiéndose a su sistema y objetivos, esto es, que el concepto de “resolución” no puede depender de la denominación del acto procesal otorgados conforme al derecho del Estado de origen o requerido. Una resolución, se considerará como tal a efectos del art. 32 del Reglamento 44/2001 si reúne los siguientes 3 requisitos, determinados jurisprudencialmente:

- Requisito de tipo orgánico: debe proceder de un órgano jurisdiccional que actúe de forma independiente del resto de órganos estatales, y opere de forma imparcial.
- Requisito de tipo procesal: el procedimiento previo a la adopción de la decisión, deberá haberse desarrollado con respeto al derecho de defensa de las partes.

¹² Apartado 23 de la STJUE de 15 de noviembre de 2012 en el caso *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros / Samskip GmbH*.

¹³ Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones en materia mercantil y civil elaborado por el Sr. Jénard.

¹⁴ STJUE de 23 de abril de 2009 en el caso *Draka NK Cables y otros*, en su apartado 19, y STJUE de 17 de septiembre de 2009 en el caso *Vorarlberger Gebietskrankenkasse*, en su apartado 35.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

- Requisito de tipo material: la resolución requiere un papel activo y no meramente pasivo del juez, es decir, que el órgano que la adopte desempeñe una función decisoria.

Por lo tanto, cualquier resolución que cumpla con estos 3 requisitos, tendrá la consideración de resolución a los efectos del art. 32 del Reglamento 44/2001.

Además, no debemos olvidar que toda la construcción de la normativa institucional se lleva a cabo sobre la base del principio de confianza recíproca, principio en el que se fundamenta, entre otras, la prohibición de revisión del fondo de la resolución dictada por el Estado de origen, ausencia de revisión que implica así una plena confianza en el órgano jurisdiccional del Estado de origen, y que deberá extenderse igualmente a la aplicación que el juez ha realizado sobre las normas de competencia¹⁵.

En definitiva, la resolución de falta de competencia que pone fin al procedimiento, presenta a la vista del art. 32, las mismas características que una decisión por la que el juez se declare competente, pues el juez, en todo caso, ejerce un poder jurisdiccional mínimo al pronunciarse sobre su propia competencia, cuyo reconocimiento además, permitiría prevenir un conflicto negativo de competencia. Luego la solución a la primera cuestión planteada pasa por afirmar que se debe entender comprendida en el concepto de resolución del art. 32 del Reglamento 44/2001, o en su caso del Convenio de Lugano de 2007, la decisión por la que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se pronuncia sobre su competencia internacional, tanto si se declara competente como incompetente, y con independencia de la calificación otorgada a la misma por el Derecho del Estado requerido¹⁶.

Análisis de la segunda cuestión:

El Abogado General YBES – BOT recoge a este respecto en sus conclusiones que *“la resolución por la que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se ha pronunciado sobre su competencia después de examinar la validez y el alcance de una cláusula de prórroga de competencia no es, en el sistema de reconocimiento y ejecución previsto en el Reglamento 44/2001, una resolución como las demás y debe, habida cuenta de sus particularidades, producir un efecto extraterritorial específico, uniforme y autónomo”*. Y continúa diciendo que *“el efecto vinculante inherente a la resolución de incompetencia debe extenderse necesariamente a la declaración relativa a la validez y al alcance de la cláusula de prórroga de competencia, con independencia de la fuerza de cosa juzgada que se atribuya o no a esa declaración en la legislación nacional del Estado miembro de origen o del Estado miembro requerido”*¹⁷.

¹⁵ Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones en materia mercantil y civil elaborado por el Sr. Jénard.

¹⁶ Apartado 32 de la STJUE de 15 de noviembre de 2012 en el caso *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros / Samskip GmbH*.

¹⁷ Apartados 66 y 68 de las conclusiones del Abogado General Sr. YVES – BOT de 6 de septiembre de 2012 en relación con el caso *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros / Samskip GmbH*.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

La justificación de dicha posición es triple:

- ❖ Objetivos del Reglamento 44/2001, fundamentalmente, el principio de confianza recíproca: en base a este principio se entiende que cuando entre órganos jurisdiccionales de valor idéntico, uno de ellos haya tenido que, para examinar su propia competencia, pronunciarse previamente sobre la validez y el alcance de una cláusula de prórroga de competencia, el órgano jurisdiccional del próximo Estado miembro ante el que se solicite el reconocimiento de dicha resolución no debe efectuar una nueva apreciación de dicha cláusula. Este grado de confianza recíproca se ve con mayor claridad precisamente cuando los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros han de aplicar normas comunes en materia de competencia directa, pues las reglas sobre competencia previstas en el Capítulo II y las reglas sobre reconocimiento y ejecución que figuran en el Capítulo III, no constituyen a este respecto conjuntos separados y autónomos sino que están estrechamente vinculadas entre sí¹⁸.
- ❖ Sistema general de disposiciones procesales del Reglamento 44/2001 en materia de competencia: se aprecia fundamentalmente en tres aspectos:
 - La existencia del principio según el cual la falta de competencia del órgano jurisdiccional del Estado de origen no constituye un motivo para denegar el reconocimiento de la resolución que ha dictado, salvo en los supuestos enumerados taxativamente en los arts. 34 y 35 de dicho Reglamento.
 - El juez nacional tan sólo puede apreciar su competencia, esto es, no se puede controlar por un juez la competencia de otro juez de otro Estado miembro. Sin embargo, la sentencia dictada por un juez en la que éste se pronuncia sobre su propia competencia internacional supone una limitación de la facultad de otros órganos jurisdiccionales de verificar su propia competencia.
 - En el art. 35.2 del Reglamento 44/2001 se recoge que efectivamente, en los casos excepcionales en los que el juez ante el que se solicita el reconocimiento puede controlar la competencia del juez del Estado de origen, en tales casos, el juez requerido quedará vinculado por las apreciaciones de hecho sobre las cuales el juez del Estado miembro de origen hubiese fundamentado su competencia.
- ❖ Principio de tutela judicial efectiva: si se niega el efecto vinculante a la resolución dictada por un juez de origen que con carácter previo al examen de su posible competencia, ha resuelto la cuestión de validez y del alcance de una cláusula de prórroga de la competencia, se generaría un grave riesgo de conflicto negativo de competencia, lo cual daría lugar a una total y absoluta falta de tutela judicial efectiva.

¹⁸ Apartado 35 de la STJUE de 15 de noviembre de 2012 en el caso *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros / Samskip GmbH*.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

De todo ello concluimos que se debe proceder a concretar el análisis de la validez y el alcance de la cláusula de prórroga de la competencia por parte de un solo juez de la Unión Europea, de tal manera que el juez del Estado requerido únicamente mantendrá el derecho a examinarlos en los casos taxativamente reconocidos por el reglamento, o por el Convenio en su caso, en los que se le autorice a controlar la competencia del juez del Estado de origen. Por ende, podemos inferir de todo ello que el juez del Estado requerido sí va a quedar vinculado por las declaraciones del juez del Estado de origen, aunque figuren en la motivación de su resolución, con independencia de la fuerza de la cosa juzgada que se atribuya a dicha motivación en los ordenamientos jurídicos nacionales internos de los Estados miembros.

Y es que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en materia de competencia internacional con arreglo al Reglamento 44/2001 (o Convenio de Lugano de 2007 en su caso) se caracterizan por su homogeneidad, y por ende, deben sujetarse a un régimen propio. De manera que los instrumentos que establecen las reglas de competencia válidas para los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros, requieren que se otorgue un efecto vinculante idéntico y uniforme a las resoluciones sobre competencia.

Por lo tanto, concluimos resolviendo para esta segunda cuestión, que cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen se ha declarado incompetente después de pronunciarse previamente, en la motivación de su resolución, sobre la validez y el alcance de una cláusula de prórroga de competencia, el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido está vinculado por dicha declaración, con independencia de la fuerza de cosa juzgada que se le atribuya en el Derecho del Estado miembro de origen o del Estado miembro requerido, salvo en los supuestos en los que el art.35.3 de dicho Reglamento autorice a este órgano jurisdiccional a fiscalizar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. En definitiva, que la resolución en virtud de la cual un tribunal de un Estado miembro declina su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia, habida cuenta de la validez de dicha cláusula, vincula a los tribunales de los demás Estados miembros tanto en lo que atañe a la declaración de incompetencia de aquel tribunal (contenida en la parte dispositiva o fallo de su resolución) como en lo que atañe a la declaración relativa a la validez de la cláusula atributiva de competencia (contenida en los fundamentos de Derecho de la resolución judicial, en los que necesariamente ha de basarse la parte dispositiva o fallo)¹⁹.

3.- CONCLUSIONES

Del análisis llevado a cabo del tema planteado, en base a la jurisprudencia citada, podemos concluir planteando con dos puntos básicos sobre “el carácter exclusivo de la *prorrogatio fori* o foro de sumisión expresa del art. 23 del Reglamento 44/2001”:

- La decisión por la que un órganos jurisdiccional de un Estado miembro se pronuncia sobre su competencia internacional (en base a una cláusula de

¹⁹ Apartado 41 de la STJUE de 15 de noviembre de 2012 en el caso *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros / Samskip GmbH*.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

sumisión expresa en este caso), tanto si se declara competente o incompetente, y con independencia de la denominación que los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros reciba dicha decisión, tendrá la consideración de una auténtica “resolución” a los efectos del art. 32 del Reglamento 44/2001.

- Cuando le órgano jurisdiccional de un Estado miembro se haya declarado incompetente después de pronunciarse previamente en la motivación de su resolución, sobre la validez y el alcance de una cláusula de prórroga de competencia, le órgano jurisdiccional del Estado requerido quedará vinculado (*prorogatio fori* “negativa”) por dicha declaración, con independencia de la fuerza de cosa juzgada que se le atribuya a dicha resolución ya sea en el ordenamiento jurídico del Estado de origen como en el del Estado requerido, salvo en los supuestos del art. 35.3 del Reglamento 44/2001 en los que se autorice al órgano jurisdiccional del Estado requerido a fiscalizar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado de origen.

“La obligatoriedad de la cláusula de sumisión expresa respecto a terceros”

Elisa Dosil Colomer

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- ANTECEDENTES. *Preliminares. Litigio.* III.- SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL. *Primera cuestión.* IV.- CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SENTENCIA. *Relaciones inter partes. Criterio de aplicación. Dos nociones básicas. Identificación del foro. Requisitos de validez. Respuesta a la primera cuestión. Consecuencias de la sentencia. Comentarios.* V. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL. *Segunda cuestión.* VI. CONCLUSIÓN.

I.- INTRODUCCIÓN

1. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”) que voy a comentar es la referida al asunto C-543/10, Refcomp SpA contra Axa Corporate Solutions Assurance y otros [en adelante, “sentencia”], que tiene por objeto responder a una petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* francesa, acerca de un litigio internacional relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y resolución de sentencias en materia civil y mercantil, regulado por el art. 23 del Reglamento (CE) 44/2001²⁰ (en adelante, “Reglamento”).

II.- ANTECEDENTES

2. **Preliminares.** La promotora inmobiliaria francesa Doumer encargó obras de remodelación de un complejo inmobiliario, para lo cual se instalaron unidades de climatización equipadas con compresores. Estos fueron fabricados por la compañía

²⁰ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

italiana Refcomp, comprados a ésta y montados por la firma italiana Climaveneta. Luego la empresa Liebert suministró los compresores a Doumer. Posteriormente, Emerson, asegurada por Axa France, se subrogó en los derechos de Liebert. Al producirse una serie de averías en el sistema de climatización, la aseguradora francesa Axa Corporate, subrogada en los derechos de Doumer, demanda solidariamente en los tribunales franceses a Refcomp, Climaveneta y Emerson el reembolso del perjuicio sufrido.

3. Litigio. Las empresas Refcomp y Climaveneta impugnan la competencia del tribunal francés, pues su contrato con Climaveneta incluye una cláusula atributiva de competencia a los tribunales italianos, por lo que sostiene que todos los contratos realizados en cadena están vinculados a esta cláusula. El juez de instrucción civil desestima las excepciones de incompetencia. Se formula recurso de apelación contra dicho auto ante la *Cour d'appel* de París. En el punto 13 de la sentencia comentada se deja constancia de que “dicho órgano consideró que la cláusula atributiva de competencia acordada entre el fabricante y un vendedor intermediario no puede ser invocada frente al asegurador que se ha subrogado en los derechos del subadquirente porque, por un lado, las normas de competencia especial en materia contractual previstas por el Reglamento no se aplican a los litigios que oponen al subadquirente de una cosa al fabricante, por estar relacionado un litigio de esta índole con la materia delictual, y, por otro, la cláusula en cuestión, acordada entre las partes en el contrato original, no ha sido aceptada por el subadquirente.” Finalmente, Refcomp y Emerson interponen recurso de casación y la *Cour de cassation* francesa suspende el procedimiento y plantea al TJUE dos cuestiones prejudiciales al respecto.

III.- SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

4. Primera cuestión. El punto 14 de la sentencia recoge la primera cuestión prejudicial en estos términos:

“¿Produce efectos frente al subadquirente una cláusula atributiva de competencia, que ha sido pactada en una cadena comunitaria de contratos, entre un fabricante de un bien y un comprador, de conformidad con el artículo 23 del Reglamento [...]? En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?”

Como la primera cuestión prejudicial es objeto exclusivo de la sentencia, primero voy a comentar ésta para luego entrar a responder la pregunta objeto de comentario.

IV.- CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SENTENCIA

5. Relaciones *inter partes*. Tenemos tres empresas; las dos primeras vinculadas por el contrato inicial y la tercera vinculada sólo con una de ellas mediante un contrato posterior:

1. El fabricante: Refcomp (con domicilio en Italia);

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

2. El adquirente intermediario (montador): Climaveneta (con domicilio en Italia);

3. El subadquirente: Doumer (con domicilio en Francia) y, en su lugar, la aseguradora Axa Corporate, subrogada en los derechos de Doumer.

Axa Corporate quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante Refcomp, que a su vez tiene firmada con Climaveneta una cláusula atributiva de competencia a los tribunales italianos. Se pregunta si una de estas dos últimas empresas puede invocar dicha cláusula frente a Axa Corporate.

6. Criterio de aplicación. El principio general de aplicación de la prórroga de competencia se cumple según el art. 23, punto 1, del Reglamento, pues las partes tienen domicilio en un Estado miembro. El conflicto en cuestión responde a lo que el TJUE, en el punto 15 de la sentencia, denomina una “cadena comunitaria de contratos” entendida como “una sucesión de contratos de transmisión de la propiedad celebrados entre operadores económicos en diferentes Estados miembros de la Unión Europea”. Se plantea la cuestión prejudicial porque se da la circunstancia de que en el Derecho nacional francés, en el caso de los contratos de transmisión de una propiedad, “la propiedad del bien vendido se transfiere a todos los adquirentes sucesivos de éste con los elementos que son accesorios a dicho bien” como, por ejemplo, el derecho del subadquirente a solicitar la indemnización por perjuicios a una de las partes.

7. Dos nociones básicas. Primero, fijaremos el concepto de “materia contractual” (recogida en el art. 5.1 del Reglamento), que “no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otra” (sentencia Handte, asunto C-26/91, punto 15) obligando y vinculando a las partes de los mismos siempre que hayan prestado su consentimiento. Aquí, tenemos por un lado las partes 1 y 2 que son las que han intervenido en la fase de formación del contrato; y, por otro, la 3, que ha establecido posteriormente otra relación contractual distinta con una de las anteriores.

En segundo lugar, y referido a la noción de “acuerdo atributivo de competencia” (art. 23 del Reglamento), conviene recordar que el foro de competencia también se aplica a un tercero si su relación se califica como contractual, o sea, si hay pacto. Varias sentencias (Powell Duffryn, asunto 214/89; Handte; y puntos 21 y 22 de la sentencia comentada) se inclinan por interpretar las nociones de materia contractual y acuerdo atributivo de competencia de forma autónoma, es decir, fijando pautas comunes y evitando una remisión sistemática al Derecho nacional de los Estados miembros. Éste es, por otra parte, el criterio de interpretación seguido por el tribunal francés que remite las dos cuestiones prejudiciales.

8. Identificación del foro. En cuanto a la identificación del foro de competencia, el caso que nos ocupa no es materia exclusiva de un Estado miembro recogida en el art. 22 del Reglamento. Existiendo una cláusula de sumisión expresa entre algunas de las partes, habrá que ver si son de aplicación, o no, los art. 23 (sumisión expresa) y 24 (sumisión tácita) del mismo corpus. En defecto de lo dicho y caso de no ser posible extender la cláusula de sumisión expresa a un tercero que no la ha acordado, entraría en aplicación la norma general del art. 2 del Reglamento del domicilio del demandado o,

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

en su caso, los tribunales designados de acuerdo con los foros de competencia especial (art. 5-21 del Reglamento).

9. Requisitos de validez. Para que sea válida la cláusula atributiva de competencia se requiere una serie de requisitos. Es necesario que alguna de las partes tenga su domicilio en estado miembro (art. 2 del Reglamento); que exista un acuerdo entre las partes de sumisión a un determinado tribunal; la relación que se trate debe ser concreta; y es necesaria una formalización por escrito o verbalmente con confirmación escrita. Los requisitos y las formas de la aceptación pueden variar en función del tipo de contrato. Es el caso de los contratos de accionistas de una sociedad (sentencia Powell Duffryn, asunto 214/89), donde se crea una relación contractual de la sociedad con el accionista y entre los propios accionistas; y de los de transporte marítimo (sentencias Russ, asunto 71/83; Castelletti, asunto 159/97; y Coreck, asunto 387/98), donde el tenedor asume de forma implícita los acuerdos contractuales entre el cargador y el porteador. “En cambio, en el marco de una sucesión de contratos de venta, la adquisición de una cosa no implica la transmisión de la totalidad de derechos y obligaciones de una de las partes en el contrato inicial en favor y a cargo de un tercero, de manera que esta última persona se subroga en la posición de la anterior.” (punto 55 de las conclusiones del abogado general).

10. Respuesta a la primera cuestión. La respuesta del TJUE a la primera cuestión es ésta (punto 41 de la sentencia):

“Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que el artículo 23 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero subadquirente que, al término de una sucesión de contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, ha adquirido ese bien y quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante, salvo si consta que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula en las condiciones mencionadas en dicho artículo.”

En la solución elegida por el TJUE, se puede constatar que el principio del efecto relativo de los contratos con respecto a un tercero se ve limitado en una cadena de contratos de transmisión de la propiedad dentro de la UE y la cláusula atributiva de jurisdicción pierde eficacia al no ser aplicable la prórroga de competencia. En la misma línea, en el punto 13 del borrador de modificación del Reglamento²¹ se apunta que se debe añadir una disposición sobre la oponibilidad de los acuerdos de elección de foro frente a terceros: una persona que no es parte de un contrato sólo puede verse vinculada por un acuerdo de elección de foro exclusivo si declara formalmente su conformidad. Para evitar esta inaplicación, cabe la posibilidad de incluir una cláusula atributiva de jurisdicción en el contrato inicial, que luego se haga extensiva a los sucesivos contratos en cadena. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta, no sólo por parte de los sucesivos subcontratantes, sino también por sus aseguradoras.

²¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

11. Consecuencias de la sentencia. Los derechos nacionales son divergentes y no ofrecen solución al respecto, como asegura el abogado general en el punto 34 de sus conclusiones. Sólo se permite la cláusula de sumisión de un tercero si este último ha dado su consentimiento a tal cláusula en las condiciones enunciadas en el art. 23 del Reglamento. En caso contrario, no se podrá invocar esta cláusula. Por lo tanto, los derechos que se deriven del contrato entre un subcontratante y su contratante no son necesariamente los mismos que los fijados en los contratos precedentes.

Son varias las principales consecuencias de la no invocación de la cláusula atributiva de competencia: en primer lugar, se cumplen los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica, frente a reglas nacionales variables. En segundo lugar, la atribución de competencia judicial debe entenderse como autónoma (punto 40 de la sentencia), consagrado en el art. 23 del Reglamento, según el cual las personas pueden establecer relaciones jurídicas libremente, con los únicos límites establecidos en el ordenamiento jurídico. De acuerdo con este principio, las partes podrán elegir una jurisdicción distinta de la establecida en el citado Reglamento. En tercer lugar, la transmisión de la cláusula no es de naturaleza contractual: el fabricante no tiene relación contractual con el subadquirente, pues éste no está incluido en el contrato inicial, ni ha aceptado ni negociado sus cláusulas. Además, el TJUE justifica la no aplicación de la cláusula atributiva de jurisdicción al subadquirente por considerar que la acción directa de éste es de naturaleza delictual (punto 13 de la sentencia) y no contractual.

12. Comentarios. Ahora vamos a comparar el caso Refcomp con el supuesto de la pregunta inicial. En la litispendencia que nos ocupa, no existe relación contractual alguna entre el subadquirente tercero y el fabricante; en caso contrario, la empresa debería ser demandada ante el tribunal del lugar en el que ha sido cumplida la obligación, según lo fijado en el art. 5.1 del Reglamento. La razón de no haber contrato es que, en realidad, no hay uno sino varios contratos sucesivos de compraventa entre algunos de los agentes, contratos que pueden ser diferentes entre sí y no implicar ningún tipo de relación contractual con terceros. Como consecuencia de no haber contrato, tampoco habrá acuerdo de atribución de competencia judicial, por lo que no se podrá invocar la prórroga de competencia regulada en el art. 23 del Reglamento a terceros que no hayan aceptado formalmente las condiciones del contrato inicial que recoja dicha cláusula. En este caso, existen además varias subrogaciones: la de la aseguradora Axa Corporate, que actúa en representación Doumer; y Liebert, en cuyos derechos se subrogó Emerson, a su vez asegurada por Axa France. En cambio, en el supuesto de la pregunta inicial, se plantean no varios, sino un único contrato entre las partes, entendidas éstas como las “partes originarias”, o sea, las que han intervenido en la fase de formación del contrato; y, además, se da la circunstancia de que un tercero se ha subrogado en una de esas partes.

Los argumentos de la sentencia para no aplicar la cláusula a un tercero son que no existe vínculo jurídico entre las partes y un tercero subcomprador, dado que no hay un contrato único, sino varios en cadena independientes. No se introduce ningún matiz por el hecho de que alguna de las empresas implicadas en el litigio esté subrogada. El concepto genérico de subrogación implica que una persona o entidad (la subrogante) ocupe la posición de otra (la subrogada) asumiendo todos los derechos y obligaciones

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

de esa otra, incluyendo los de los contratos que haya podido firmar. En el caso de la pregunta que encabeza este comentario, la situación parece bastante más sencilla: existe un solo contrato entre las partes, en una de las cuales se ha subrogado un tercero. Y la respuesta es distinta a la de la sentencia: al existir un contrato único, ninguna de las partes es ajena a la relación contractual establecida entre ellas. El hecho de que haya un subrogante en el sitio de una de las partes no cambia en nada la situación anterior, pues, al subrogarse, forma parte del contrato en idénticas condiciones que la empresa subrogada. No obstante, se precisa declaración expresa de aceptación de la cláusula de sumisión para que ésta le pueda afectar.

V.- SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

13. Segunda cuestión. La segunda cuestión prejudicial tiene el tenor literal siguiente (punto 14 de la sentencia):

“¿Produce la cláusula atributiva de competencia efectos frente al subadquirente y la compañía aseguradora que se ha subrogado en su posición aun cuando el artículo 5.1, del Reglamento [...] no sea aplicable a la acción del subadquirente contra el fabricante, según declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia [de 17 de junio de 1992, Handte, C-26/91, Rec. p. I-3967]?”

Como señala el abogado general en el punto 59 de sus conclusiones, de la formulación de dicha cuestión resulta que sólo fue planteada para el supuesto de que se respondiera afirmativamente a la primera cuestión. Por consiguiente, habida cuenta de la respuesta aportada a la primera cuestión, no procede responder a la segunda.

¿Cuál hubiera sido la situación si el TJUE hubiese respondido afirmativamente a la primera cuestión? Por lo menos, se hubiera visto abocado a entrar en la segunda. Y, al no hacerlo, queda pendiente de aclaración si produce efecto automático la cláusula atributiva de competencia frente al subadquirente y a la aseguradora que se subrogó en él, aun cuando no sea aplicable el art. 5.1 del Reglamento, o sea, que se considere la acción directa del subcomprador como no contractual. Los Gobiernos alemán y español, en sus observaciones a la sentencia, opinan “que la cuestión de la naturaleza contractual o extracontractual de la acción directa del subadquirente es distinta jurídicamente de la cuestión de los efectos de una cláusula atributiva de competencia frente a éste” (punto 62 de las conclusiones del abogado general). El TJUE, al establecer entre ellas una relación causal, traslada hacia la segunda la consecuencia de la decisión tomada en la primera.

El hecho de que dicha cláusula pudiese afectar al subcomprador supondría un gran cambio. Primero este nuevo escenario remitiría al subdaquirente al Derecho nacional del Estado en cuyos tribunales se hubiesen subrogado las partes, pudiendo así verse beneficiado en unos casos y perjudicado en otros frente a ellas: en una situación hipotética, al acogerse a la jurisdicción italiana evitaría la francesa, que favorece en este caso al contratante inicial. Así mismo, con esta decisión se podrían producir soluciones jurisdiccionales divergentes hacia terceros en función del foro del Estado, con lo que los contratantes se encontrarían en una situación de incertidumbre en la medida en que

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

esa cláusula podría ser efectiva no habiendo aceptado ellos sus condiciones o, incluso, desconociéndola.

VI.- CONCLUSIÓN

14. El TJUE refuerza con esta acertada sentencia la igualdad de trato dentro de la UE y garantiza a los operadores económicos la puesta en práctica de reglas uniformes y eficaces en el ámbito del mercado interior. También se aproxima al derecho internacional privado de los Estados miembros fijando aspectos no resueltos por algunos Estados o con soluciones contradictorias en ciertos casos, afianzando el derecho a la tutela judicial.

Así mismo, fomenta el principio de libre circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Normas jurídicas como ésta delimitan la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en el ámbito comunitario de forma directa y vinculante. Con ello, se aumenta el grado de previsibilidad de la competencia judicial que se basa, como criterio general, en el domicilio del demandado, lo cual establece un nexo ente litigio y órgano jurisdiccional competente.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Combet, M.: “L’*inopposabilité d’une clause attributive de juridiction à l’égard du sous-acquéreur dans les chaînes de contrats intra-européens*” [2 MAYO 2013]

<http://www.gdr-elsj.eu/2013/05/02/cooperation-judiciaire-civile/inopposabilite-dune-clause-attributive-de-juridiction-a-legard-du-sous-acquereur-dans-les-chaines-de-contrats-intra-europeens/>

Mars-Buffard Antoine le ven: “Transmission de la clause attributive de juridiction dans une chaîne de contrats: la Cour de justice en quête de compromis” [5 ABRIL 2013]

<http://jade.u-bordeaux4.fr/?q=node/538>

Rodríguez Sánchez, J. S.: “Revisión del Reglamento Bruselas I sobre competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil” [ENERO 2012]

<http://www.cadri.org/revisiom-del-reglamento-bruselas-i-sobre-competencia-judicial-y-el-reconocimiento-y-ejecucion-de-sentencias-en-materia-civil-y-mercantil/>

Jiménez Blanco, P.: *El contrato internacional a favor de tercero*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002. [4 ENERO 2014]

<http://www.usc.es/libros/index.php/spic/catalog/book/278>

Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140(INI)). [29 JUNIO 2010]

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0219+0+DOC+XML+V0//ES>

C.- Los foros especiales en material contractual general

“El concepto de «contrato de compraventa de mercaderías»”

Irina Evgenieva Nikovska

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- RESUMEN DEL LITIGIO QUE DA ORIGEN A LA DECISIÓN Y LAS CUESTIONES QUE PLANTEA EL BUNDESGERICHTSHOF. III.- CRITERIOS QUE SIGUE EL TJUE PARA DELIMITAR EL CONTRATO DE COMPRA VENTA Y EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 1.- Identificación de la obligación característica del contrato. 2.- Criterios para su delimitación. A.- *Normas de la Unión Europea y Normas Internacionales*. B.- *Origen de la materia prima con la que se fabrican las mercancías*. C.- *La responsabilidad del fabricante*. VI.- CONCLUSION.

I.- INTRODUCCIÓN.

La cuestión relativa a calificación de un contrato en el que el proveedor se obliga a la entrega de mercancías que ha de fabricar él mismo por encargo del comprador como un contrato de compraventa surge en el ámbito de interpretación del artículo 5.1 b) del Reglamento 44/2001, y más en concreto porque el mismo artículo no define lo que es el contrato de compra venta, ni lo diferencia del contrato de consumo. Esta cuestión se ha resuelto por la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este caso vamos a tomar en consideración la Sentencia de 25 de febrero de 2010, asunto C-381/08, Car Trim GMBH, para delimitar esta cuestión.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (TJUE) es relativa a la interpretación del artículo 5.1 b) del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (el Reglamento):

Artículo 5.1 a) (...)

b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

- cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

- cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

Tal y como se dice en la Sentencia, más en concreto se plantea la cuestión de cómo se deben delimitar los contratos de compra venta de mercancías y los contratos de servicios referidos en el artículo citado (FD1). Esta cuestión surge, en primer lugar porque la definición de los dos contratos, el de compra venta de mercaderías y el de prestación de servicios son conceptos propios y autónomos del Reglamento 44/2001, diferenciados de los que puede existir en los diferentes Estados miembros del Reglamento. En segundo lugar la cuestión surge porque en el Reglamento no hay ninguna definición de los dos contratos ni se establecen criterios para su delimitación.

La cuestión que se plantea aquí es relativa al contrato de compraventa de mercaderías las cuales han sido fabricadas por el vendedor bajo algunas exigencias del comprador. Tales exigencias son relativas a la fabricación de las mercaderías, a los materiales que se debían de utilizar o a la entrega de tales mercancías. Se plantea aquí el problema relativo a que si estas exigencias pueden definir el contrato como un contrato de prestación de servicios o por el contrario no son relevantes para la definición del mismo, en tal caso será un contrato de compraventa de mercancías.

II.- RESUMEN DEL LITIGIO QUE DA ORIGEN A LA DECISIÓN Y LAS CUESTIONES QUE PLANTEA EL BUNDESGERICHTSHOF.

El litigio principal se originó entre KeySafety Systems Sociedad de responsabilidad limitada (KeySafety), empresa dedicada a la fabricación y suministro de airbags a empresas italianas de fabricación de automóviles y la empresa Car Trim GmbH (CarTrim), de la que la primera compra componentes que se utilizaban para la fabricación de dichos airbags. Entre las dos empresas se habían firmados cinco contratos de suministros, cumplidos entre los años 2001 y 2003. En 2003 KeySafety resolvió los contratos.

CarTrim interpone una demanda de indemnización por daños y perjuicios por entender que los contratos tenían una vigencia hasta el verano de 2007, ante el Landgericht Chemnitz, tribunal del lugar de producción de los componentes. Tanto este Tribunal como el de segunda instancia (Oberlandesgericht) se declararon incompetentes para conocer de la demanda por falta de competencia judicial internacional de los tribunales alemanes. Eso si el Oberlandesgericht puso de relieve que el contrato entre las partes contratantes no era el contrato típico de compra venta de mercancías porque los establecían determinadas obligaciones para la empresa alemana relativas a la forma de fabricación, los materiales utilizados y a la manera de suministro:

“Los contratos obligaban a la sociedad recurrente, en su condición de empresa productora de partes, equipos y piezas de automóviles, a fabricar airbags de una forma determinada, utilizando para ello productos comprados a proveedores determinados de antemano, con el fin de estar en condiciones de entregar los referidos airbags a medida que fueran siendo solicitados, ajustándose a las necesidades del proceso de producción de la sociedad KeySafety y con sujeción a un elevado número de prescripciones

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

relativas a la organización del trabajo, control de calidad, empaquetado, etiquetado, albaranes de entrega y facturas.”

Por ultimo CarTrim interpuso recurso de casación ante el Bundesgerichtshof, que dadas las dudas planteadas decidió suspender el procedimiento y plantear, ante el TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Debe interpretarse el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento [...] en el sentido de que los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse previamente deben considerarse compraventas de mercaderías (primer guión) y no prestaciones de servicios (segundo guión), aunque el comprador haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de los productos que han de fabricarse, incluida la garantía de la calidad de fabricación, la fiabilidad de suministro y la buena gestión administrativa de los pedidos? ¿Cuáles son los criterios pertinentes para establecer la distinción?

2) Si se trata de una compraventa de mercaderías: ¿El lugar en el que, según el contrato, se han entregado o deberían haberse entregado las mercancías, debe determinarse, en el caso de ventas por correspondencia, atendiendo al lugar de la entrega material al comprador o al lugar en el que las mercancías se entregan al primer transportista para su transmisión al comprador?”

III.- CRITERIOS QUE SIGUE EL TJUE PARA DELIMITAR EL CONTRATO DE COMPRA VENTA Y EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

1.- Identificación característica del contrato.

En primer lugar hay que hacer constar que el mismo TJUE pone de relieve que el Reglamento no contiene definición alguna de las dos categorías de contrato y que tampoco establece criterio para su delimitación entre ellas (FD 30).

A continuación el Tribunal establece que para que se defina el contrato, como contrato de compra venta o contrato de prestación de servicio se debe delimitar la obligación principal del mismo, ya que el artículo 5.1 del reglamento recoge como punto de conexión con el tribunal competente la obligación principal del contrato:

Un contrato cuya obligación característica sea la entrega de un bien habrá de ser calificado de «compraventa de mercaderías» en el sentido del primer guión del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento. Un contrato cuya obligación característica sea una prestación de servicios habrá de ser calificado de «prestación de servicios» en el sentido del segundo guión del artículo 5, número 1, letra b).

2.- Criterios para su delimitación.

A continuación el TJUE establece tres criterios para delimitar la obligación principal o característica del contrato.

A.- Normas de la Unión Europea y Normas Internacionales.

En primer lugar el TJUE se basa disposiciones del Derecho de la Unión Europea y de Derecho internacional. En este caso las normas procedentes del Derecho internacional solo pueden servir de orientación ya que la cuestión de que se deben implantar los conceptos de los Tratados internacionales en el ámbito de la Unión Europea es muy dudosa, porque en este caso se obligaría a Estados que no son partes en dichos tratados a aplicar sus preceptos¹.

Por ello la primera norma que el TJUE sita es la Directiva 1999/44. En concreto se cita el artículo 1.4 y el artículo 1.2 b):

“Los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse se considerarán contratos de compraventa, y, según el artículo 1, apartado 2, letra b), de la misma Directiva, cualquier bien mueble corpóreo se calificará de «bien de consumo», con algunas excepciones que no resultan pertinentes para un asunto como el que se ventila en el litigio principal”.

Además de esta directiva el TJUE cita el La Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena y la Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, firmado en Nueva York el 14 de junio de 1974. El tenor de las dos normas es similar y establece que los contratos es los que se deben fabricar los productos vendidos no serán considerados contratos de prestación de servicios a no ser que la parte que las encargue se comprometa a proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para la fabricación o producción.

B.- Origen de la materia prima con la que se fabrican las mercancías.

El segundo criterios es el relativo al origen de la materia prima que se ha tenido que transformar, criterio que ha sido dictado por la Comisión de las Comunidades Europeas, y tiene que tenerse en cuenta si la parte que encargo las mercancías ha suministrado tales materias o no (FD 40):

Si el comprador suministra la totalidad o la mayor parte de los materiales con los que se fabrica la mercancía, tal circunstancia puede constituir un indicio a favor de la calificación del contrato como «contrato de prestación de servicios». En cambio, en el caso contrario –es decir, si el comprador no suministra los materiales– existirá un indicio sólido para calificar el contrato de «contrato de compraventa de mercaderías».

El criterio de la Comisión al que se refiere el TJUE es el relativo al que está regulado en el Código Aduanero Comunitario (Reglamento 450/2008) que en su art. 36 establece que se considerará que las mercancías obtenidas enteramente en un solo país o territorio tienen su origen en éste. Y se considerará que las mercancías en cuya

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

producción intervengan dos o más países o territorios tienen su origen en aquel en el que se haya producido su última transformación sustancial².

C.- La responsabilidad del fabricante.

El tercer y último factor en la delimitación de la obligación principal del contrato es relativo a la responsabilidad del fabricante. Así si el vendedor es responsable de la calidad del producto final la obligación principal será la más típica de los contratos de compra venta de mercancías, y si por el contrario la responsabilidad se refiere al momento de fabricación pero no al resultado final la prestación será más típica de los contratos de prestación de servicios.

IV.- CONCLUSION.

Por todo ello el TJUE ha determinado que en los contratos en los cuales la obligación principal es la entrega de mercancías aunque el comprador ha establecido requisito respecto a la obtención, la transformación y la entrega de las mercancías, y aunque el proveedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato no es un contrato de prestación de servicios si dicho comprador no ha suministrado los materiales para la fabricación de los productos.

Nota¹: CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, (vol. II), 14^{ed}, Granada, Ed. Comares. P. 662

Nota²: ESTEBAN DE LA ROSA, F, *Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010*, LA LEY. 30/04/2010

“La determinación del «lugar de entrega de las mercancías» y del «lugar de prestación de los servicios»”

Lina María Flórez Guzmán y Natalia Valencia Rodríguez

SUMARIO: I.- INTRODUCCION. II.- APROXIMACION AL ART. 5.1, LETRA B): 1.- Régimen de Competencia judicial internacional contemplado en el Reglamento 44/2001. 1.1.- Reglamento 44/2001. 1.1.1.- Competencia general. 1.1.2.- Foros especiales en razón de la materia. 1.1.2.1.- Foros especiales en materia contractual del art. 5. III.- CONTRATO DE COMPRAVENTA DE MERCADERIAS: 1.- Definición. 2.- Problema a solucionar: Contrato de compraventa con entrega de mercancías en distintos lugares. IV.- CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS: 1.- Definición. 2.- Problema a solucionar: Contrato de prestación de servicios que tiene por objeto la prestación de servicios en distintos países. V.- CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCION

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

La estructura del presente trabajo busca resolver “Cómo se determina el “lugar de entrega de las mercancías” o el “lugar de prestación de los servicios” cuando el contrato de compraventa implica la entrega de las mercancías en distintos lugares o el contrato de prestación de servicios tiene por objeto la prestación de servicios en distintos países”, con el fin de encontrar una solución fundamentada y completa que colme el vacío expuesto en el artículo 5, número 1, letra b) del Reglamento 44/2001.

En un primer momento, el artículo debatido del Reglamento 44 presenta una escritura clara, que supera los problemas de redacción del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, evidenciados en tres principales deficiencias; el incremento en el número de tribunales competentes para conocer de los litigios derivados de un mismo contrato, la ausencia de previsibilidad sobre el tribunal competente ante el que se puede presentar la acción contra el demandado, y que el órgano jurisdiccional designado no sea el que presente la mayor conexión con el litigio.²²

En virtud de lo anterior, dicho Reglamento surge como una continuación del Convenio, que aparentemente soluciona tales deficiencias; sin embargo, luego de una mirada posterior, encontramos que el lugar de cumplimiento de la prestación característica del contrato no queda especificado, por ello, el trabajo busca a través de diferentes fuentes, como sentencias, comentarios de abogados y temas desarrollados en clase, dar una interpretación acertada, que responda satisfactoriamente a la pregunta planteada.

II.- APROXIMACION AL ART. 5.1, LETRA B)

1.- Régimen de Competencia judicial internacional contemplado en el Reglamento 44/2001:

1.1.- Reglamento 44/2001

Como se expuso anteriormente, el Reglamento 44 se presenta a sí mismo como una continuación del Convenio de Bruselas, dicho Reglamento se refiere a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Dado que el presente trabajo centra su análisis en la competencia judicial, y que el Reglamento 44 es el instrumento internacional de mayor importancia en dicho asunto, respecto de las materias que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, este régimen servirá como punto de partida para llevar a cabo la estructura y el orden del trabajo.

1.1.1.- Competencia general

Dicha competencia se contempla en el art. 2 del Reglamento 44, estableciéndose

²² BOT, Y., *Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot*, ASUNTO C-386/05, 2007, Ver en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CC0386:ES:PDF>, pp. 11-15.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

que “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.”

Por ello, el domicilio del demandado, constituye el criterio general del foro de competencia judicial internacional para los casos donde no hay foro de competencia exclusiva ni sumisión.

1.1.2.- Foros especiales en razón de la materia

Estos foros se encuentran entre los arts. 5 al 21 del Reglamento 44, gracias a estos, el demandante puede actuar contra el demandado ya sea mediante el foro general del domicilio del demandado, en un Estado miembro, o bien, mediante el foro especial que corresponda en razón de la materia. Así, dichos foros le otorgan la posibilidad al demandante de actuar ante un tribunal distinto al del domicilio del demandado, caracterizándose por designar directamente el concreto órgano jurisdiccional competente, actuando tanto como foro de competencia judicial internacional como foro de competencia territorial.

Los foros especiales se fundamentan en diferentes Considerandos del Reglamento 44/2001, estos representan los objetivos que deben alcanzar las disposiciones consagradas en tal instrumento. En primer lugar, destacamos que en el Considerando 2 se estipulan como indispensables, disposiciones mediante las que se unifiquen las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil, facilitando los trámites para el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales. Posterior a este, en el Considerando 11, encontramos que “las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad [...]”. Y por último, el considerando 12, hace alusión al principio de proximidad, en virtud del cual “el foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia”.

1.1.2.1.-Foros especiales en materia contractual del art. 5.1

El término «materia contractual» es un concepto autónomo que proviene del Reglamento 44/2001, dicha noción se abstrae de diferentes resoluciones, como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) del 22 de marzo de 1983, *Peters*, la STJCE del 17 de septiembre de 2002, *Tacconi*, entre otras, estableciéndose que la «materia contractual» “comprende los litigios derivados de una vinculación jurídica voluntaria entre las partes.”²³ Quedando excluidos del concepto los casos de reclamación de terceros.

²³ CALVO CARAVACA, A., *Derecho internacional privado*, Vol. 2, décimo segunda ed., Comares, 2011-2012, pp. 591.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Retomando lo citado en la introducción, el art. 5.1 del Reglamento presenta un cambio a destacar en la normativa vigente, anteriormente el Convenio de Bruselas establecía en su art.5, que en materia contractual, el demandante podía presentar la demanda ante el tribunal del “lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación.” ; mientras que hoy en día, el Reglamento 44 resuelve las deficiencias producto de este art., al hacer referencia específica en dicha disposición, a dos de los contratos más frecuentes del tráfico jurídico, estipulando que cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el tribunal competente para conocer del litigio será el del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías; y cuando se trate de una prestación de servicios, el tribunal competente para conocer del litigio será el del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieran sido o debieren ser prestados los servicios.

Las deficiencias mencionadas se ven subsanadas, dado que el Reglamento 44 pone en práctica los considerandos 2, 11 y 12 anteriormente citados. Así, con dicha variación en la redacción del artículo, se da solución a la primera deficiencia, al limitarse la cantidad de tribunales competentes para conocer de los litigios relativos a un contrato específico, siendo competentes únicamente los tribunales del lugar de entrega de las mercaderías o del lugar donde haya sido o debiera cumplirse la prestación.

En cuanto a la segunda deficiencia, es evidente que el art. 5.1 del Reglamento presenta un mayor grado de previsibilidad, dado que las partes pueden conocer sin mayor esfuerzo el tribunal competente, diferente al del domicilio del demandado, gracias a la introducción de los dos incisos específicos, que determinan un único tribunal, para conocer los litigios de las diferentes obligaciones que recaen sobre un mismo contrato.

Por último, la conexión entre el litigio y el tribunal es indudablemente más estrecha, dado que dicho lazo se construye a partir de los elementos facticos que estructuran el caso, es decir, el tribunal competente será el del lugar donde se cumpla la obligación principal del contrato, permitiendo una mayor cercanía con los elementos probatorios del proceso.

III.- CONTRATO DE COMPRAVENTA DE MERCADERIAS

1.- Definición

Al igual que el concepto de materia contractual, esta noción viene dada por el Reglamento 44, en este régimen el ámbito conceptual del término se ve reducido a los contratos de compraventa de bienes muebles corporales y de bienes incorporeales, siempre que estos últimos hayan sido adquiridos en soportes materiales. Diferentes contratos de compraventa quedan excluidos del alcance de este concepto, como contratos de compraventa de inmuebles²⁴.

²⁴ CALVO CARAVACA, A., *Derecho internacional privado*, op. cit. en nota 2, pp. 596.

2.- Problema a solucionar: Contrato de compraventa con entrega de mercancías en distintos lugares

En un primer momento, una cuestión importante a destacar del art. 5.1, letra b), primer guión es que el cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda en el contrato de compraventa de mercancías, salvo pacto en contrario, es el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieran ser entregadas las mercancías; sin embargo, esta afirmación deja una laguna que colmar, ya que en el momento en que las partes pacten diferentes lugares de entrega en un mismo Estado miembro, surge el interrogante de si se podría aplicar dicho artículo para determinar el lugar de entrega.

Una vez planteada la incógnita, en busca de una respuesta, entramos a analizar más a fondo el art 5.1, letra b), primer guión y posterior a un arduo estudio, nos percatamos de que su redacción no revela solución aplicable al caso. Por ello, la técnica apropiada para llenar este vacío es la interpretación de tal artículo.

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado diferentes interpretaciones respecto a esta disposición, entre estas se distinguen la interpretación del abogado Yves Bot y la del Tribunal de Justicia en sentencia del 3 de mayo de 2007, en el asunto C-386/05.

Ambas posturas, llegan a la conclusión de que a la hipótesis planteada -caso en el que la entrega de mercancías haya sido pactada por las partes contratantes en el contrato de compraventa en diferentes lugares de un mismo Estado miembro- le es aplicable el artículo 5.1, letra b), primer guión del Reglamento 44/2001. Sin embargo, difieren en el método que utilizan para determinar el lugar de entrega de las mercancías.

Por un lado, el abogado propone que: “Cuando la demanda concierne a todas las entregas, corresponde al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio se han entregado las mercaderías determinar si el demandante puede emplazar al demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección o únicamente ante el tribunal de uno de esos lugares en particular. Si el Derecho de dicho Estado no establece reglas de competencia especial, el demandante podrá emplazar al demandando ante el tribunal del lugar de entrega de su elección”²⁵.

En este punto es necesario precisar que el art. 5.1, letra b), primer guión consagra un foro especial, que busca determinar el tribunal competente en un contrato de compraventa de mercaderías, utilizando como referencia el lugar de entrega.

Al encontrarnos ante una cuestión relativa a diversos lugares de entrega de mercaderías, que dificulta la aplicabilidad del artículo para determinar dicho «lugar de entrega», el abogado responde en términos de cuál será el tribunal competente para conocer de los litigios que del contrato se deriven. Dado que el lugar de entrega es el concepto que precisa el tribunal competente, al responder cual es el órgano competente previamente se debió determinar el lugar de entrega, en tanto que ambas variables coinciden.

²⁵ BOT, Y., *Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot*. en nota 1, pp. 25.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Así las cosas, se entiende que el lugar de entrega de las mercancías cuando se ha pactado una pluralidad de lugares de entrega en un único Estado miembro se determinará según el Derecho de dicho Estado. En caso de que tal ordenamiento no proporcione una respuesta, el demandante será quien elija el lugar de entrega dentro del margen de los sitios pactados.

Mientras que el Tribunal²⁶ defiende que: “[...] en caso de pluralidad de lugares de entrega de las mercancías, es necesario, en principio, entender por lugar de cumplimiento, a efectos de la aplicación de la disposición examinada, el lugar que garantiza el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente. En este supuesto, el vínculo de conexión más estrecho se encuentra, por regla general, en el lugar de entrega principal, que debe determinarse en función de criterios económicos.” “De no poderse determinar el lugar de entrega principal, cada lugar de entrega tiene una relación de proximidad suficiente con los elementos materiales del litigio y, por consiguiente, un vínculo de conexión significativa en el ámbito de la competencia judicial. En tal caso, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección sobre la base del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento n° 44/2001.”

La tesis que defiende el abogado presenta ciertas imperfecciones, entre ellas el método que propone, ya que dicho método para determinar el tribunal competente, consiste en recurrir al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio se han entregado las mercaderías, produciendo que el foro especial pierda el objetivo que le es inherente; es decir, los foros especiales en el Reglamento 44/2001 se destacan por definir en concreto el órgano jurisdiccional competente, por ello, no se conciben únicamente como foros de competencia judicial internacional, sino también como foros de competencia territorial. Así, la solución del abogado no es satisfactoria en este aspecto, al no darle a este foro especial el alcance que le corresponde, en tanto que considera pertinente acudir al ordenamiento jurídico de un Estado miembro para establecer el órgano competente, cuando esta tarea le corresponde al art 5.1, letra b) primer guión.

En síntesis, el lugar de entrega quedaría supeditado a lo que se estipule en el derecho del Estado miembro donde se deben entregar las mercaderías, provocando que el tribunal competente, sea de la misma manera, elegido por este ordenamiento, arrebatándole a dicho foro especial su característica innata: designar la competencia territorial.

En virtud de lo anterior, apoyamos la tesis planteada por el Tribunal, dado que a diferencia de lo propuesto por el abogado, el Tribunal si logra llegar a una solución que satisface el fin del foro especial, determinando por sí mismo la competencia territorial, sin verse en la necesidad de acudir al Derecho de un Estado miembro.

Es importante resaltar que el método que utiliza el Tribunal para determinar el lugar de entrega de las mercancías, cuando existe una pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro, se basa en un criterio económico, lo que resulta una solución sencilla, en tanto que las partes gozan del conocimiento necesario para

²⁶ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de mayo de 2007 en el asunto C-386/05.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

determinar el lugar de entrega principal. En síntesis, para los contratantes y el común de las personas será fácil establecer el lugar de entrega principal, al no ser necesario un estudio económico superior al que posee la colectividad. En caso de no ser posible determinar dicho lugar de entrega principal, será el demandante quien elija el tribunal competente para conocer del asunto, a partir de los distintos lugares de entrega. Es decir, el concepto de «lugar de entrega» en el supuesto a tratar dependerá de todos los territorios donde se haya llevado a cabo una entrega.

Por último, para reforzar la argumentación ya expuesta, debemos destacar que el criterio propuesto por el Tribunal cumple con los principios establecidos en los considerandos 11 y 12 del Reglamento 44/2001.

Como ya dijimos, si acogemos la interpretación del Tribunal del art. 5.1, letra b), primer guión, este cumplirá con un alto grado de previsibilidad, dado que tanto para demandante como demandado resulta fácil basarse en criterios económicos para determinar el lugar principal de entrega, y de igual manera determinar el tribunal competente para conocer del litigio, diferente al tribunal del domicilio del demandado. Además, si por dichos criterios no se logra establecer el lugar de entrega, se seguirá cumpliendo con el principio de previsibilidad, ya que aunque el demandado no pueda prever con plena exactitud ante que órgano jurisdiccional será demandado, los tribunales que podrán conocer del asunto se limitan a los de un único Estado miembro, específicamente a los territorios donde se hayan llevado a cabo las entregas, no viéndose afectada la protección del demandado.

En cuanto al principio de proximidad, es claro que el artículo lo cumple cuando se adopta la interpretación del Tribunal cuyo planteamiento sostiene que el «lugar de entrega» será el lugar donde se produce la entrega principal, ya que es allí donde se evidencia un lazo más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, por ser en dicho territorio donde se lleva a cabo la prestación de mayor importancia en la relación jurídica. En caso de no poderse establecer el lugar de entrega principal, es indiscutible que en cada territorio donde se presente una entrega de mercaderías que versen sobre un mismo contrato, existe una conexión representativa con cada uno de los tribunales ubicados en los territorios donde se produjeron dichas entregas, en tanto que no existen en ese contrato de compraventa obligaciones más importantes que otras a nivel económico, el vínculo que cada una presenta con los tribunales es de la misma importancia.

Así, según la interpretación que el tribunal lleva a cabo referente al tema objeto de estudio, podemos concluir que «el lugar de entrega de las mercaderías» corresponde al lugar de entrega principal determinado a partir de criterios económicos y en caso de esto no ser posible, a todos los lugares donde se llevaron a cabo entregas, siendo el demandante quien elija uno de los sitios para determinar el tribunal competente en cada caso concreto.

IV.- CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

1.- Definición

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Previo al análisis del art. 5.1, letra b), segundo guion, una cuestión importante a precisar es que debe entenderse por contrato de prestación de servicios en el Reglamento 44, esta definición es propia de dicho régimen, y ha sido extraída de diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

De este conglomerado de resoluciones es importante destacar la Sent. Cour Cass Francia del 28 de noviembre de 2006, la STJUE del 11 de marzo de 2010, as. C-19/09 y la STJE del 9 de julio de 2009, as. C-204/08, *Air Baltic*.

La interpretación y construcción del concepto es bastante amplia, debido a que la intención del artículo y del legislador comunitario se basa en que múltiples contratos tengan cabida en este término. Así, los contratos de agencia, de concesión, de distribución, de marketing, de campaña publicitaria, arquitectura, abogacía, entre otros, son considerados contratos de prestación de servicios. Sin embargo, quedan excluidos de esta definición los contratos de préstamo y licencias de uso.

2.- *Problema a solucionar: Contrato de prestación de servicios que tiene por objeto la prestación de servicios en distintos países*

Para iniciar, es oportuno dar un breve vistazo a la disposición en cuestión y destacar sus componentes más importantes.

El art. 5.1, letra b), segundo guion, expone que “las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda. *Salvo pacto en contrario dicho lugar será: cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.*” Entendiéndose que dicho lugar de prestación de servicios será el pactado por las partes en el propio contrato.

A primera vista, el artículo se muestra preciso y completo, al plantear que el tribunal competente para conocer de una demanda de un contrato de prestación de servicios será el órgano jurisdiccional del Estado miembro en donde se deba cumplir dicha prestación.

Sin embargo, si analizamos más a fondo, encontramos que si la prestación se cumple en distintos países, esta disposición presenta un vacío evidente, ya que su redacción no hace posible descifrar el tribunal competente en este asunto, deviniendo inútil en la tarea de precisar la competencia judicial internacional.

Luego de advertir que la escritura del artículo no logra proporcionar una solución al problema planteado, acudimos a la interpretación, método que amplía el alcance del artículo. La tesis digna de destacar en esta temática consta en la STJE del 9 de julio de 2009, as. C-204/08, *Air Baltic*, donde se plantea que: “los transportes aéreos suponen por su propia naturaleza, servicios prestados de manera indivisible y unitaria desde el

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

lugar de partida al lugar de llegada del avión, de forma que no cabe distinguir en tales casos, en función de un criterio económico, una parte concreta de la prestación que constituya la prestación principal y que se preste en un lugar preciso.”

“En tales circunstancias, debe considerarse, por la misma razón, que tanto el lugar de salida como el lugar de llegada del avión son los lugares de prestación principal de los servicios que son objeto de un contrato de transporte aéreo.”

“El demandante [...] puede ejercitar su acción contra el demandado, a su elección, ante el tribunal en cuya jurisdicción se halle uno de dichos lugares”²⁷.

A pesar de que la afirmación se refiere al caso específico de los contratos de transporte aéreos, se entiende que el Tribunal no solo quiso referirse a este tipo de contratos, sino a todos los contratos de prestación de servicios entendidos a partir de la definición expuesta al principio, brindando una solución en caso de que la prestación se lleve a cabo en varios Estados miembro.

Entrando en materia, resulta conveniente resaltar las diferencias que existen con la sentencia relativa al lugar de entrega de mercancías anteriormente citada, dicho dato relevante versa sobre las obligaciones constitutivas de los contratos, donde el contrato de compraventa consiste en una obligación de dar (entrega de las mercancías), mientras que el contrato de prestación de servicios se refiere a una obligación de hacer.

Así, el art. 5.1, letra b) determina el tribunal competente a partir del lugar donde se debe cumplir la prestación principal que caracteriza al contrato. En este punto, no se hace necesario ahondar en el tipo de obligación, dado que la disposición brinda una solución a ambos contratos, afirmando que el órgano jurisdiccional competente para conocer del asunto será el del lugar de cumplimiento de la prestación principal característica de cada acuerdo.

Sin embargo, al plantearse el problema de que la entrega de las mercancías se realiza en diferentes lugares y la prestación de servicios se debe cumplir en distintos estados, el método de análisis para determinar el lugar donde se cumple cada obligación es diferente. En el primero cada entrega constituye una entidad, capaz de ser aislada del conjunto al que pertenece, pudiéndose determinar una principal y diferentes accesorias, esto hace posible discriminar cada actuación por separado. Con fundamento en esta afirmación, el Tribunal entiende que el lugar de entrega será el lugar donde se dé la entrega principal.

En el segundo, la prestación de servicios se compone de diferentes acciones, donde cada una no puede ser considerada una entidad por sí sola, retomando lo dicho por el Tribunal, la prestación de servicios se considera indivisible, cada actuación ejecutada es parte de un todo, pero no significa nada por sí misma, por ello la prestación de servicios se entiende cumplida en todos los lugares donde haya sido ejecutada. Y es el demandante quien elegirá uno de los sitios para determinar la competencia judicial internacional, entendiendo que dicha elección se llevó a cabo a partir de los lugares donde se cumplió la prestación de servicios en ese caso concreto.

²⁷ STJE del 9 de julio de 2009, as. C-204/08, *Air Baltic*. Ver pp. 8 párr. 42, 43 y 44.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

En virtud de lo anterior, el Tribunal plantea que en el contrato de prestación de servicios ninguna prestación puede ser considerada principal, no siendo posible destacar una que posea la conexión más estrecha entre el contrato y el órgano jurisdiccional.

Para terminar, resulta conveniente destacar que la postura del Tribunal se adapta a los principios contenidos en los considerandos 11 y 12 del Reglamento 44, ya que estos objetivos deben ser cumplidos no solo por la redacción del foro, sino por el alcance de su interpretación.

El principio de proximidad se cumple, dado que el lugar donde se ejecuta cada acción que conforma la prestación de servicios, tratándose de una obligación indivisible, donde no existe una prestación separable y destacable, presenta un vínculo digno de destacar, idéntico al de los demás. Así las cosas, todos estos lugares presentan el mismo nexo entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente.

Además, cumple con el principio de previsibilidad, al limitar las opciones del demandante para interponer la demanda a aquellos lugares donde se ejecutaron las acciones necesarias para satisfacer la prestación de servicios, y al demandado a únicamente ser requerido en dichos lugares. Por lo tanto, esta interpretación permite que las partes puedan prever el órgano jurisdiccional competente, distinguiendo desde el inicio del contrato, los tribunales que pueden conocer de los litigios que de la relación jurídica se deriven.

En conclusión, apoyando la tesis del Tribunal, el «lugar de prestación de los servicios» cuando el contrato tiene por objeto la prestación de servicios en distintos países, es el lugar donde se ejecute alguna de las acciones que conforman el cumplimiento de la obligación, siendo el demandante el llamado a elegir uno de estos sitios para determinar el órgano jurisdiccional competente.

V.- CONCLUSIONES

¿Cómo se determina el «lugar de entrega de las mercancías» cuando el contrato de compraventa implica la entrega de las mercancías en distintos lugares?

El «lugar de entrega de las mercancías» será el lugar de entrega principal determinado a partir de criterios económicos, en caso de esto no ser posible, serán todos los lugares donde se efectuaron las entregas.

¿Cómo se determina el «lugar de prestación de los servicios» cuando el contrato de prestación de servicios tiene por objeto la prestación de servicios en distintos países?

El «lugar de prestación de los servicios» será el lugar donde se ejecute alguna de las acciones que conforman el cumplimiento de la obligación.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

En conclusión, ambas respuestas se fundamentan en los principios plasmados en los considerandos 2, 11 y 12 del Reglamento 44, presentando una solución completa y bien fundamentada, que llena el vacío dejado en la redacción del art. 5.1, letra b).

BIBLIOGRAFIA

1. BOT, Y., *Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot*, ASUNTO C-386/05, 2007, Ver en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CC0386:ES:PDF>
2. STJUE (Sala 4) del 9 de julio de 2009 en el asunto C-204/08, Ven en línea: <http://grupos.unican.es/ada/aerius/docus/STJUE%2020090709%20Dualidad%20de%20fuero%20compensación%20cancelación%20vuelo.pdf>
3. STJUE (Sala 4) del 3 de mayo de 2007. Color drack. En el asunto C-386/05, Ver en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0386:ES:PDF>
4. CALVO CARAVACA, A., *Derecho internacional privado*, Vol. 2, décimo segunda ed., Comares, 2011-2012

“El «lugar de entrega de las mercancías» y el «lugar de prestación del servicio» en el art. 5.1 Reglamento 44/2001”

Primera parte

Ignacio Flores Sancenón

¿Cómo se concreta respecto al art. 5.1 Reglamento 44/2001, el “lugar de entrega de la mercancía” y el “lugar de prestación del servicio”?

Para dar respuesta a esta pregunta primero nos pondremos en situación, de porque se crea la necesidad de concretar el lugar de la mercancía y el lugar de la prestación del servicio y después veremos como resuelven estas cuestiones tanto desde las conclusiones del abogado general como la sentencia del tribunal de justicia.

KeySafety , con domicilio social en Italia, suministra sistemas de airbags a fabricantes italianos de automóviles , y en el período comprendido entre julio de 2001 y diciembre de 2003, compro a Car Trim componentes que se utilizan en la fabricación, de dichos sistemas, de conformidad con cinco contratos de suministro.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

KeySafety resolvió estos contratos con efectos desde finales de 2007, y fue cuando Car Trim considero incumplimiento de contratos, pues estos contratos debían surtir efectos parcialmente hasta verano de 2007, de modo que presento una demanda de indemnización por daños y perjuicios ante el Landgericht chemnitz, tribunal del lugar de producción de los componentes, este tribunal se declaro incompetente a la hora de conocer la demanda, por falta de competencia internacional de los tribunales alemanes.

El Oberlandesgericht, desestimo el recurso de apelación interpuesto por la recurrente, pero este tribunal observó, que los contratos obligaban a la recurrente , en condición de empresa productora de partes de airbags, de una forma determinada, utilizando productos de proveedores determinados de antemano, con el fin de estar en condiciones de entregar los referidos airbags a medida que fueran solicitados y ajustándose al las necesidades de Keysafety.

Car Trim interpuso recurso de casación ante el Bundesgerichtshof, la solución de este recurso dependía de en determinar si el landgerichtchemnitz (órgano jurisdiccional remitente), incurrió o no en un error al negar su competencia internacional, y la respuesta a esta cuestión depende de la interpretación del artículo 5, numero 1, letra b) del Reglamento, pues el órgano jurisdiccional remitente consideraba que el tribunal competente en aquel con el que el vinculo de conexión geográfico sea mas estrecho, en función del lugar de ejecución de la prestación característica del contrato, por consiguiente , esta vendrá determinada por la prestación contractual preponderante, la cual deberá determinarse en función de criterios económicos(se deduce del art 4, apartado 2, de la CCIM y del art 6, apartado 2, de la convención de naciones unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías...

En tales circunstancias el Bundesgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al tribunal de justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1.- ¿Debe interpretarse el artículo 5, numero 1, letra b), del Reglamento, en el sentido de que los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse previamente deben considerarse compraventa de mercaderías y no prestaciones de servicio, aunque el comprador haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de los productos que han de fabricarse, incluida la garantía de calidad de fabricación, la fiabilidad de suministro y la buena gestión administrativa de los pedidos?¿cuales son los criterios pertinentes para establecer la distinción?

2.- Si se trata de una compraventa de mercaderías:¿el lugar en el que, según el contrato, se han entregado o deberían haber entregado las mercancías, debe determinarse, en caso de ventas por correspondencia, atendiendo al lugar de la entrega material al comprador o al lugar en el que las mercancías se entregan al primer transportista para su transmisión al comprador?

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, SR JÁN MAZÁN:

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Lleva acabo una serie de apreciaciones , relación con la primera cuestión: El órgano jurisdiccional remitente desea saber si los contratos de suministro de bienes que han de producirse, deben considerarse compraventas de mercaderías o prestación de servicios, en el sentido del art 5 apartado 1, letra b), y también solicita saber los criterios determinantes para establecer esa distinción, observa el abogado general , que las partes que han presentado observaciones escritas coinciden en considerarlos contratos de compraventa de mercaderías, pese que el cliente formule determinadas exigencias(obtención, transformación, calidad...)

El abogado general considera que la primera cuestión prejudicial puede interpretarse de varias maneras,¹ que solo insta al tribunal a definir los criterios de distinción entre compraventa y prestación de servicios, o 2 que solo lo usa para deducir las consecuencias para el caso concreto, el señala que a partir del art 5 aprt 1 b) del reglamento no permite responder a la cuestión planteada , pues el artículo mismo no define los conceptos de compraventa y de prestación, entiende que el concepto servicio y el concepto mercadería tiene un contenido autónomo, y la jurisprudencia del tribunal de justicia no bastan para establecer criterios de delimitación con carácter general, por ello considera que no es necesario analizar con carácter general la delimitación solicitada, de habida cuenta esta delimitación con carácter general no es objetivamente posible, pero en el caso de autos , es evidente que debe analizarse la interpretación de tales conceptos y la delimitación entre uno y otro **caso por caso**, de ahí que procede a señalar que solo puede responder respecto de las particularidades del litigio principal, y a este respecto , dice que la parte compradora planteo determinadas cuestiones relativas a la calidad de dichos componentes, no obstante esto dice que no modifica el hecho de que el objeto final de los contratos es la **entrega** de los bienes que tengas las cualidades convenidas , pese que dentro de la obligación exista una prestación de servicios , pues los elemento adquiridos a los proveedores, habían de ser transformados y adaptados, esto dice que no es mas que obligaciones subsidiarias, *accessorium sequitur principale*, de aquí se desprende que la obligación principal era la entrega de los componentes de airbag y así la relación contractual que haya , su contenido y sus consecuencias deben someterse al artículo 5.1.b) del R 44/2001.

Dice que si estos contratos se tuvieran que evaluar a la luz de os criterios de las libertades fundamentales del mercado interior, se vincularía a la libre circulación de mercancías, por consiguiente concluye la primera cuestión prejudicial diciendo que el art 5.1.b) R44/2001 debe interpretarse en sentido que los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse deben considerarse **compraventa de mercaderías** , aunque el comprador haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, transformación y la entrega de los productos que han de fabricarse, incluida la garantía de la calidad de fabricación.

Apreciaciones abogado general, en relación sobre la segunda cuestión prejudicial: el órgano jurisdiccional remitente solicita al tribunal de justicia que interprete en relación con las ventas por correspondencia la expresión “el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubiera sido o debieren ser entregadas las mercancías”, para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

La respuesta que da aquí la comisión se corresponde con las respuestas de la demandada y los gobiernos alemán y checo , pues en el supuesto de ventas , en el que tenga que participar transportistas, el lugar de la entrega debe determinarse en función del lugar en el que el comprador adquiriera la posesión efectiva de los bienes entregados o debería hacerlo en virtud del contrato, pero según el Reino unido , para determinar el lugar de la entrega seria preciso basarse en las condiciones previstas en el contrato, según ellos salvo disposición contractual en contrario, el lugar de entrega será aquel en el cual los bienes se han puesto en poder del primer transportista para la transmisión al comprador.

El abogado general dice que esta expresión cuestionada se debe interpretar en función de los siguientes hechos: 1- según la jurisprudencia del tribunal de justicia el Reglamento persigue objetivo de seguridad jurídica, reforzando la protección jurídica 2- la regla de competencia especial establecida en el artículo 5.1 del R 44/2001, responde a un objetivo de proximidad , motivado por un estrecho vinculo entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo, es decir que la interpretación se debe realizar a la luz de los objetivos de proximidad y previsibilidad.

Por ello considera que debe entenderse ese lugar , como el lugar en el cual los bienes se ponen en poder material o deben ponerse en poder material del comprador, pues esta acepción es la mas conforme con la regla de competencia especial del art 5.1.b) del R44/2001.

Después de estas conclusiones del abogado general SR JÁN MAZÁK el tribunal de justicia (sala cuarta) oídas estas conclusiones y otras observaciones pasa a dictar sentencia y resuelve la cuestiones prejudiciales de la siguiente manera:

Primera cuestión prejudicial, por la cual pide el órgano remitente que se dilucide de que manera procede delimitar “los contratos de compraventa de mercaderías” y los contratos de “prestación de servicios” en el sentido del art5.1.b) del R44/2001, en el caso de un contrato relativo de entrega de mercancías que han de fabricarse , cuando el comprador formula determinadas exigencias, se dice en la sentencia que un contrato cuya obligación característica sea la entrega de un bien habrá de ser calificado de compraventa de mercaderías ,esta se apoya en el artículo 1 , apartado 4 de la Directiva 1999/44, se dice que los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de ser producidos, se consideraran contratos de compraventas, también en el artículo 3 , apartado 1 de la CCIM, dice que se consideran compraventas los contratos de suministros de mercaderías que hayan de ser producidas a menos que la parte que las encarga asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales para su producción, por todo esto mencionado, constituyen un indicio de que el hecho de que la mercancía que ha de entregarse deba producirse previamente, **no modifica la calificación del contrato en cuestión como contrato de compraventa.** El tribunal de justicia llego al mismo resultado en materia de contratos públicos STC 11 de junio 2009, Hans& Christophorus Oymanns.

También es preciso tener en cuenta el criterio de la comisión, relativo al origen de los materiales que han de transformarse, si el comprador ha suministrado la totalidad o

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

la mayor parte de los materiales con los que se fabrica la mercancía, eso sería un indicio para calificar el contrato como prestación de servicios, en el caso contrario, sería un indicio para calificarlo como contrato de compraventa de mercancías, en este caso concreto Keysafety determino a que proveedores debía acudir, en ningún momento puso material a disposición de Car Trim, también otra manera de inclinar la balanza sería, si el vendedor es responsable de la calidad y conformidad con el contrato de la mercancía, esto sería un indicio de cree que es un contrato de compraventa, de ser solo responsable de realizar la ejecución correcta siguiendo las ordenes del comprador, sería indicio de calificar el contrato como prestación de servicios.

Segunda cuestión prejudicial: En esta cuestión , el órgano judicial remitente pide que se dilucide, si cuando se trata de un contrato de venta por correspondencia, el lugar en el que debieren ser entregadas las mercaderías en el sentido del art 5.1.b) del R 44/2001 debe determinarse basándose en el lugar de la entrega material al comprador, primero destaca que las partes tienen plena autonomía para determinar el lugar de entrega de las mercaderías, por eso el lugar de entrega de las mercaderías , será en principio el que designen las partes en el contrato.

A fin de responder a la cuestión planteada el tribunal de justicia se basa en la génesis y los objetivos y el sistema del reglamento, y constituye jurisprudencia reiterada que la regla de competencia especial en materia contractual art 5.1.b), responde a un objetivo de proximidad y motivado por un estrecho vinculo de conexión entre el contrato el tribunal que deba conocer del mismo, vuelve a pasar que el reglamento define mas bien de manera autónoma el lugar de cumplimiento y en ninguna disposición del Reglamento a efectos del art 5.1.b) define conceptos de entrega o lugar de entrega, pero otra vez recordamos que el Reglamento tiene la finalidad de paliar los inconvenientes del recurso a las reglas del derecho internacional privado del Estado cuyo tribunal conozca del asunto y que esa designación pragmática del lugar de cumplimiento se basaba en un criterio puramente factual, por eso en tales circunstancias incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar antes de nada, si el lugar de entrega se desprende de las cláusulas del contrato, si es posible identificar el lugar de entrega, sin remitirse al derecho material aplicable al contrato, tal lugar se considerara que es el lugar en el que debieren ser entregadas las mercaderías, pero también es posible que se de la situación que no contenga ninguna cláusula que revele la voluntad de las partes en cuanto al lugar de entrega de las mercancías, en tales circunstancias el órgano remitente contempla dos puntos que podrían servir de lugar de entrega, 1- el lugar de entrega material de la mercancía al comprador, 2- el lugar de la entrega al primer transportista, estos dos, repito a falta de cláusula contractual.

Por lo tanto la sentencia declara que el lugar en el que las mercaderías debieran ser entregadas materialmente al comprador en su destino final es el que corresponde mejor a la génesis, los objetivos y el sistema del Reglamento, en tanto que lugar de entrega en el sentido del art 5.1.b), pues responde a un elevado grado de previsibilidad y de proximidad. Además el objetivo fundamental de un contrato de compraventa es transmitir del vendedor al comprador, operación que solo culmina por completo cuando la mercancía llega a su destino final.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El artículo 5.1.b) del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que según el contrato debieran ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato, si este resultara imposible determinar, dicho lugar será el de la entrega material de las mercaderías, en virtud de la cual el comprador hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías.

Segunda parte

Víctor González Llorente

SUMARIO: 1.- REGULACIÓN COMUNITARIA: 1.1.- *Reglamento (CE) n° 44/2001-Competencias especiales-Artículo 5, número 1, letra b), primer guión.* 1.2.- *Electrosteel Europe SA vs Edil Centro SpA: 1.2.1.- Hechos y cuestión prejudicial.* 2.- CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. Juliane Kokott Asunto C-87/10: 2.1.- *Internacional Commercial Terms o Incoterms* 2.2.- *Antecedentes: Sentencia Car Trim.* 2.3.- *Aclaración sobre los Incoterms.* 3.- STJUE 9 Junio 2011 (As. C-87/10) *Electrosteel Europe SA/ Edil Centro SpA: 3.1.- Los Incoterms como usos mercantiles.* 4.- CONCLUSIÓN.

1.- REGULACIÓN COMUNITARIA

1.1.- *Reglamento (CE) n° 44/2001 -Competencias especiales-Artículo 5, número 1, letra b), primer guión.*

El citado Reglamento contempla entre las secciones 2 y 5 la regulación de los foros especiales por razón de materia. En defecto de competencia exclusiva o sumisión (expresa o tácita), los Tribunales de los Estados miembros pueden tener competencia no solo en virtud del domicilio del demandado sino también a través de estos foros especiales por razón de materia. Estos foros responden al principio de proximidad, que trata de establecer una vinculación estrecha entre el Tribunal y el litigio.

Para que pueda aplicarse el Art. 5 tiene que darse el supuesto que describe el mismo:

«Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

- 1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda;
- b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, el lugar será:
 - cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

– cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios;

c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a).

[...]»

Nos centraremos en este artículo en exponer parte de las controversias surgidas en torno al primer guión de la letra b)

1.2.- Electrosteel Europe SA vs Edil Centro SpA

1.2.1.- Hechos y cuestión prejudicial

La controversia surge por una demanda de procedimiento monitorio por parte de la vendedora Edil Centro SpA (en lo sucesivo, “Edil Centro”), con domicilio social en Piovene Rocchette (Italia), contra la compradora Electrosteel Europe SA (en lo sucesivo, “Electrosteel”), con domicilio social en Arles (Francia), por la ejecución de un contrato de compraventa de mercancías.

La vendedora formuló dicha demanda ante el Tribunale ordinario di Vicenza a fin del pago de las mercancías.

La compradora mediante escrito de oposición alega la falta de competencia de dicho tribunal, al tener su domicilio en Francia, por lo cual la demanda debería presentarse en dicho país.

Edil Centro pretende que el contrato contiene la cláusula «Resa: franco nostra sede» («Entrega: franco nuestro domicilio»), referente a la entrega de las mercancías, la cual corresponde al Incoterm EXW (Ex Works, que se explicara más adelante), punto A4 y B4 por lo cual deberá conocer el tribunal italiano.

Debido a esta cláusula, el Tribunale ordinario di Vicenza remite al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n°44/2001, y en cualquier caso el Derecho comunitario, que establece el lugar de cumplimiento de la obligación, cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, será el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías, en el sentido de que el lugar de la entrega pertinente a efectos de determinar el juez competente, es el lugar de destino final de las mercaderías objeto del contrato, o bien aquél en el que el vendedor se libera de la obligación de entrega, con arreglo a la normativa sustantiva aplicable al caso concreto, o cabe aún una interpretación distinta de la citada norma? »

2.- CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. Juliane Kokott Asunto C-87/10

2.1.- Internacional Commercial Terms o Incoterms

Establecidos por la Cámara de Comercio Internacional (ICC) con la finalidad de “elaborar reglas internacionales, sobre la interpretación de las formulas contractuales utilizadas con más asiduidad en los contratos de comercio exterior.”

Los Incoterms son de carácter concreto, a fin de facilitar el comercio internacional, y se dan abreviados con siglas. Cada Incoterm puede regular un aspecto distinto del negocio jurídico como pueden ser las obligaciones entre las partes, reparto de gastos, etc. Los Incoterms 2000 se guían por la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1980.

El que nos ocupa es la clausula denominada como «EXW» (franco fábrica, Ex Works), que según los Incoterms 2000 prevé, en el punto A4 y B4 lo siguiente:

A4: «El vendedor debe poner la mercancía a disposición del comprador en el lugar de entrega convenido, sin cargar el vehículo receptor, en la fecha o dentro del plazo acordados o, si no se ha acordado ese momento, en la fecha usual de entrega de esa mercancía [...]».

B4: «El comprador debe recibir la mercancía cuando haya sido entregada de conformidad con A4 [...]».

2.2.- Antecedentes: Sentencia Car Trim

Diez días después de la petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Car Trim que:

«El artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. Sin resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de la entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa».

Dicha resolución parece arrojar luz a la cuestión prejudicial planteada, remitiendo en primer lugar al contrato siempre que sea deducible de este, sin acudir al derecho sustantivo al caso, el lugar de entrega y en segundo lugar, cuando lo anterior no sea posible, el lugar de destino final de las mercaderías.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

En un análisis más detallado del caso Car Trim, la Abogada General encuentra diferencias entre ambos casos dadas las cuales una misma respuesta no es extrapolable entre ellos.

En primer lugar la sentencia del caso Car Trim no hace hincapié en el Incoterm «franco fábrica», ya que el objeto principal de la resolución es hacer constar que: «Las partes en un contrato disponen de autonomía de voluntad para determinar el lugar de entrega de las mercancías».

Y lo que nos interesa es si la cláusula «franco fábrica» puede determinar dicho lugar de entrega.

El punto 21 de las Conclusiones Generales de la Abogado General (super índice 1) explica no obstante las razones por las cuales el Tribunal de Justicia no se vio obligado a examinar la cláusula «franco fábrica».

2.3.- Aclaración sobre los Incoterms

Se plantea pues la cuestión de si los Incoterms tienen de por sí un significado definido de forma concreta que pueda precisar el lugar de la entrega, la sentencia Car Trim antes citada establece que el lugar de la entrega se determinara en primer lugar por el contrato, pero que dicho lugar habrá de determinarse en cualquier caso sin remitirse al Derecho aplicable al contrato.

La respuesta a esta duda se encuentra en las Conclusiones Generales de la Abogado General entre los puntos 39 a 43, defendiendo que “una referencia a los Incoterms entendidos de forma concreta no es comparable con la remisión «al Derecho sustantivo aplicable al contrato», rechazada por el Tribunal de Justicia”, y contemplando también que la cláusula franco fábrica serviría también para determinar el lugar de entrega citando a la doctrina y la jurisprudencia (super índice 2 (punto 40 ABOgao gnrl).

Concluye en el punto 58 párrafo 2 declarando que “los Incoterms y otras cláusulas comerciales similares con un significado definido de forma concreta pueden constituir, en principio, estipulaciones contractuales sobre cuya base puede determinarse el lugar de entrega en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001”.

3.- STJUE 9 Junio 2011 (As. C-87/10) *Electrosteel Europe SA/ Edil Centro SpA*

3.1.- Los Incoterms como usos mercantiles

La sentencia defiende el uso de los Incoterms al considerarlos usos mercantiles en concreto en el punto 21:

“Los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, que definen y codifican el contenido de determinados términos y cláusulas utilizados habitualmente

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

en el comercio internacional, tienen un reconocimiento y un uso práctico particularmente elevado.”

Por lo cual el Tribunal de Justicia señala al órgano jurisdiccional nacional que debe tener en cuenta estos usos, y deberá comprobar si la cláusula «Resa: franco nostra sede» corresponde con el Incoterm «Ex Works», puntos A4 y B4, o a otra cláusula por la cual sea posible designar el lugar de entrega de las mercancías sin recurrir al derecho sustantivo aplicable al contrato.

4.- CONCLUSIÓN

Dados los puntos analizados cabe responder a la pregunta prejudicial, de manera que el Tribunal ordinario di Vicenza deberá determinar el “lugar de entrega” en base a lo expuesto en el contrato, teniendo en cuenta todos los términos y cláusulas contenidos en el mismo, inclusive los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en su versión publicada en 2000.

BIBLIOGRAFIA

STJUE 9 junio 2001 (As. C-87/10) Electrosteel Europe SA / Edil Centro SpA

Conclusiones Abogado General As. C-87/10

“La expresión «salvo pacto en contrario» del art. 5.1. b) Reglamento 44/2001”

Severiano Sánchez Casillas

EL ARTÍCULO 5 DEL REGLAMENTO 44/2001

Entre los foros especiales en materia contractual general, el foro del art. 5.1 b ha dado lugar a diversa sentencias del TJUE sobre cómo interpretar los problemas que suscita su aplicación.

El art. 5 Rgto 44/2001, establece en su apartado 1 a, que en materia contractual, la persona domiciliada en un Estado miembro, podrá ser demandada en otro Estado miembro, salvando el foro general del domicilio del demandado del art. 2 Rgto 44/2001, cuando el lugar donde se hubiera cumplido o deba cumplirse la obligación que sirviere de base a la demanda se encuentre en ese Estado.

Seguidamente, en el punto b, para establecer el lugar de cumplimiento de la obligación, se diferencia entre la entrega de mercaderías por un lado y la prestación de servicios por otro.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Así dice, que el lugar de cumplimiento de la obligación para la entrega de mercaderías, será el lugar donde estas debieran ser entregadas y para la prestación de servicios, determina el lugar cumplimiento, como el lugar en que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

Y todo esto siempre que no haya cláusula de *pacto en contrario*.

De la interpretación literal del citado precepto podemos sacar la conclusión de que las partes tienen libertad absoluta para determinar el lugar de entrega de las mercaderías o la prestación de servicios, incluso en lugar distinto del que se establezca en el propio contrato.

Así, y a pesar de que el art. 5.1 b, parece dejar muy clara la forma de establecer el lugar de cumplimiento de las obligaciones, a veces resulta difícil de determinar, surgiendo en la práctica, no pocos problemas a la hora de su interpretación, y prueba de ello es la abundante jurisprudencia desarrollada en los últimos años por el TJUE.

LA SENTENCIA DE TJUE DE 25 FEBRERO 2010

Entre las varias sentencias²⁸ del TJUE que se ocupan de los problemas de interpretación que ocasiona el art. 5.1 b, se encuentra la STJUE de 25 febrero 2010 (As. C-381/08) *Car Trim GmbH / Key Safety Systems Srl*, que es objeto de este comentario.

En dicha sentencia, se trata de dar luz a una cuestión prejudicial planteada a raíz de un pleito surgido entre dos empresas dedicadas a la producción de componentes para la fabricación de automóviles.

La empresa italiana KeySafety Systems Srl. que suministra sistemas de airbags a fabricantes de automóviles, compra a Car Trim GmbH, empresa alemana, distintos componentes que luego utiliza para fabricar los sistemas de airbags, para ello realizan distintos contratos.

Estos contratos son resueltos de manera unilateral por KeySafety, (Italia), lo que lleva Car Trim, (Alemania), a demandar a la primera, por incumplimiento de contrato, ante el Tribunal de Distrito alemán, tras la declaración de falta de competencia internacional para conocer del asunto y sucesivos recursos de la demandante, el caso llega al Tribunal Federal alemán, que tratando de resolver se plantea varios problemas relativos a la relación contractual. Entre dichos problemas se encuentra, en primer lugar, el de determinar si la relación contractual entre ambas empresas es una prestación de servicios, o una entrega de mercancías, en segundo lugar el problema de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, cuestiones ambas, muy importantes para determinar la competencia judicial de los tribunales alemanes.

²⁸ SSTJCE de 3-5-2007, Caso Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH; de 23-4-2009, Caso Falco Privatistiflung, Thomas Rabits / Gisela Weller-Lindhorst; de 9-7-2009, Caso Peter Rehder / Baltic Corporation y SSTJUE de 25-2-2010, caso Car Trim GmbH / Key Safety Systems Srl; de 11-3-2010, Wood Floor Solutions Andreas Domberger / Silva Trade SA; y de 9-6-2011, Electrosteel Europe SA / Edil Centro SpA.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Ante esta situación, el Tribunal Federal alemán decide suspender el procedimiento y plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre si los contratos de suministro de bienes que han producirse previamente deben considerarse compraventas de mercaderías o prestaciones de servicios y en caso de tratarse de compraventa de mercaderías, como se debe determinar cuál es el lugar de cumplimiento.

La cláusula *«salvo pacto en contrario»*, a que se refiere el art. 5,1, b, del Rgto 44/2001, entra en juego, cuando se trata de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, en lo referente, tanto a la entrega de mercaderías derivada de una compraventa, como cuando se trata de una prestación de servicios.

Dicha cláusula nos lleva a pensar de forma indubitada, que serán las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, quienes pueden pactar cual será el lugar de cumplimiento de la obligación, en suma, donde deberán ser entregadas las mercaderías objeto del contrato, además nos indica que dicho pacto debe ser reflejado en el mismo²⁹.

El problema se plantea, cuando en el contrato, no queda reflejado de forma expresa el lugar donde debe ser cumplida tal obligación. Ante esta situación, debemos entrar a valorar e interpretar el apartado b del art. 5.1 y ver si resulta posible identificar el lugar de entrega a través del análisis del resto de cláusulas del contrato.

En la sentencia se plantean dos posible puntos de entrega en caso de no estar determinado en el contrato. (Apdo 58).

El primero de ellos es el lugar de la entrega material de la mercancía al comprador y el segundo el de la entrega de la mercancía al primer transportista para su transmisión al comprador.

Con esto, entiende el TJUE, que el art. 5, 1 b primer guión, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, las mercaderías deben ser entregadas el lugar que se disponga el propio contrato, y en caso de no ser esto posible, las mercaderías deben ser entregadas en lugar que resulte ser el destino final de la operación de compraventa.

Teniendo en cuenta el art. 2.1 del Reglamento, según el cual *“las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”*, (Foro del domicilio del demandado).

Lo que establece el considerando 12º del Reglamento, *“El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena*

²⁹ (Apdo 46 de la sentencia) En efecto, la expresión *«salvo pacto en contrario»*, que figura en el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento, indica que las partes podrán pactar qué deberá entenderse como lugar de cumplimiento a efectos de la aplicación de dicha disposición. Además, a tenor del primer guión del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento, que menciona la expresión *«según el contrato»*, el lugar de entrega de las mercancías será, en principio, el que designen las partes en el contrato.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

administración de justicia”, foros alternativos, que en materia contractual, establece el art. 5 del reglamento.

Llegamos a la conclusión de que la empresa alemana Car Trim GmbH, debió demandar a la italiana KeySafety Systems Srl, ante los tribunales italianos, ya que al no establecerse en el contrato un pacto que determinara el lugar de entrega de las mercaderías, estas deben ser entregadas en su destino final, Italia, y este será, por tanto, el lugar de cumplimiento de la obligación.

Así, en materia contractual, para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, habría que acudir en un primer momento, a lo establecido por las partes en el contrato y este lugar, con independencia de que se encuentre en un Estado distinto del domicilio del demandado, sería el foro de competencia para conocer de la demanda. Seguidamente y en caso de no existir pacto ninguno, que establezca un lugar de cumplimiento de la obligación, acudiríamos al lugar donde deben ser entregadas las mercaderías.

Con todo, no es esta una cuestión que resulte fácil de dilucidar. De la interpretación literal del apartado “b” podemos entender que a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, si no se pacta nada, estaríamos a lo que se establece en el contrato, pero es a causa de esta posibilidad de libre elección del lugar de entrega, que posibilita la cláusula “*salvo pacto en contrario*”, y su prevalencia sobre lo establecido en el contrato, cuando se plantean los problemas, siendo así posible romper el *vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo*. (Apdo. 61).

En el Apdo 62 de la sentencia el TJUE decide como debe interpretarse el art 5,1, b del Reglamento, diciendo: “*el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa.*”

Teniendo en consideración este último apartado de la sentencia, podemos concluir, que el lugar de cumplimiento de la obligación, en una compraventa de mercancías, es el lugar de destino final de las mismas, pero cabe la posibilidad de que las partes contratantes pacten que la obligación deba ser cumplida en un lugar distinto.

“El concepto de «lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda»”

Álvaro Fernández Baquerín

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013

Este caso versa sobre un litigio entre Česká sporitelna a.s., con domicilio social en República Checa y el Sr. Feichter, con domicilio en Austria; pero además, el Sr. Feichter es director general y socio mayoritario de la Sociedad Feichter, a la que presta su apellido para darle nombre, con domicilio social también en República Checa. Esta sociedad emitió un pagaré a favor de Česká sporitelna para garantizar obligaciones asumidas por dicha sociedad en virtud de un contrato de crédito en cuenta corriente celebrado entre ellas. El pagaré estaba en blanco, a ser completado por Česká sporitelna de acuerdo a lo que se combinó con el Sr. Feichter, y éste firmó como persona física. Por lo tanto, mediante esta relación jurídica, la sociedad Feichter otorgó promesa incondicional de pagar el 27 de mayo de 2008, en Praga, la cantidad de 5.000.000 CZK a la orden de Česká sporitelna. Esta sociedad presentó el pagaré en el momento de cobro, pero no obtuvo nada a cambio, por lo que demandó al Sr. Feichter ante el Tribunal municipal de Praga para reclamarle el pago del dinero más un interés anual del 6% sobre esa cantidad hasta el momento del pago y una comisión de 16.666 CZK por el pagaré.

A esto, el Sr. Feichter opuso una excepción de competencia, basándose en que tiene su domicilio en Austria. El Tribunal municipal de Praga se pregunta si tiene que determinar su competencia según las normas en materia de contratos celebrados por consumidores de la Sección 4ª del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001) o si, por el contrario, habría de hacerlo conforme a las normas en materia contractual del art. 5.1 a) del citado Reglamento.

El procedimiento prejudicial o cuestión prejudicial es un mecanismo mediante el cual los jueces nacionales que están conociendo de un litigio en el que deben aplicar el Derecho de la Unión Europea (DUE) y éste les sustenta dudas, las plantean al Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) para conocer su interpretación de ellas y así poder resolver adecuadamente el caso. Este procedimiento se encuentra contemplado en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En primer lugar, es el Abogado General (hay nueve) del Tribunal quien examina el caso y presenta un informe llamado "conclusiones del Abogado General". Es necesario puntuar que, después, el Tribunal sigue los dictámenes de sus Abogados Generales en aproximadamente el 80% de los casos y dicta sentencia de acuerdo con ellos. Éste es uno de esos casos.

Tras esta breve introducción, voy a pasar a examinar conjuntamente las conclusiones de la Abogado General y la posterior sentencia del TJUE, ya que no difieren en absoluto. Lo haré examinando separadamente las dos cuestiones prejudiciales planteadas. Sobre la primera: "*¿Se puede interpretar que la expresión "en materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional" del art. 15.1 del Reglamento abarca también las demandas derivadas de un pagaré emitido de forma incompleta, iniciadas por el tenedor contra el avalista del emisor del pagaré?"*

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Es necesario advertir en primer lugar que los conceptos del Reglamento deben interpretarse de forma autónoma para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros (sentencia de 20 de enero de 2005, caso Engler); y asimismo, que el Reglamento se interpreta con igualdad al Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Convenio de Bruselas) cuando sus normas son equivalentes (sentencia de 23 de abril de 2009, caso Draka NK Cables). Como sabemos, el foro general de competencia judicial internacional del Reglamento 44/2001 es el domicilio del demandado, contemplado en su art. 2.

Sin embargo, las disposiciones del Reglamento otorgan la posibilidad de acudir a distintos foros en casos particulares en sus *Competencias especiales*, así contratos con parte débil (seguros, individuales de trabajo y con consumidores, arts. 8 a 21) o en materia contractual, de alimentos, delictual o cuasidelictual etc. (art. 5). Esto es así, en cuanto a los contratos con parte débil, para garantizar una protección adecuada a la parte del contrato que se presume más débil tanto económica como jurídicamente; mientras que en las normas del art. 5, para reflejar unos estrechos vínculos de conexión entre el litigio y el órgano jurisdiccional competente.

Pues bien, lo que alega en este caso el demandado es que este contrato debe regirse por las normas especiales en materia de contratos celebrados por un consumidor del art. 15, para así beneficiarse de esta protección y que conozca del litigio un Tribunal de su domicilio en Austria, tal y como establece el art. 16.2.

El TJUE, sin embargo, ha optado por una interpretación restrictiva en todo momento de estas disposiciones; y por tanto, ha establecido dos requisitos para acceder a esta sección: que se haya celebrado por un consumidor, reputando como tal a una persona que celebra un contrato para un uso ajeno a su actividad profesional o como consumidor final privado que no realiza actividades comerciales o profesionales; y que el contrato se encuentre en una de las categorías del art. 15.1; siendo estas condiciones cumulativas.

En este caso la primera no se cumple, ya que el Sr. Feichter celebra este contrato de crédito que garantiza mediante aval, aunque como persona física, en calidad de representante de la persona jurídica de la que es director general; y no con la intención de financiarse como persona física para comprar bienes para sí. Como ha argumentado el TJUE, el hecho de que el avalista sea una persona física no basta para que sea considerado como consumidor. En este caso, lo cierto es que la persona física otorga un aval para garantizar las obligaciones de una sociedad mercantil para con otra, pero esta persona tiene vínculos muy estrechos con esa sociedad, por lo que no puede considerarse otorgado fuera de la actividad o finalidad profesional de la sociedad.

Por todo esto, tanto la Abogado General (*"el Sr. Feitcher no es un consumidor a los efectos"*) como el Tribunal (*"es preciso estimar que, en circunstancias como las del litigio principal, no se cumple el requisito de la existencia de un consumidor"*) opinan que el Sr. Feichter no es un "consumidor" según la noción y a los efectos de los arts. 15 y 16 del Reglamento 44/2001.

SEMINARIO "WIKI"

"La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado"

Sobre la segunda cuestión prejudicial que el órgano checo remitió al TJUE: *"¿Se puede interpretar el concepto de demandas "en materia contractual" del artículo 5, punto 1, letra a) del Reglamento en el sentido de que, teniendo en cuenta exclusivamente el contenido del documento como tal, abarca también las demandas derivadas de un pagaré emitido de forma incompleta, iniciadas por el tenedor contra el avalista del emisor del pagaré?"*.

Volviendo sobre la idea de que los conceptos del Reglamento deben interpretarse de forma autónoma, puede ser que lo que se entiende en el Reglamento por "materia contractual" no es lo que puedan entender algunos ordenamientos jurídicos de la UE. Es ésta la pregunta que hace el Tribunal de Praga al TJUE, si este caso se puede denominar como "materia contractual".

El art. 5.1 a) del Reglamento no exige que se celebre un contrato para hablar de materia contractual, pero sí que exista una obligación, ya que la competencia se determina con base en "el lugar donde hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda".

Así, el concepto "contractual" ha de entenderse como un compromiso libremente asumido de una parte frente a otra aunque no exista un contrato en sí. En este caso existía un contrato entre las dos sociedades, la prestataria y la prestamista, pero el Sr. Feichter no era parte de él. Sin embargo, el hecho de otorgar el aval del pagaré representa una obligación jurídica libremente aceptada, es decir, él mismo aceptó ser garante de las obligaciones del emisor del pagaré en virtud de la autonomía de su voluntad. Por esto, el art. 5.1 a) sí es aplicable a este caso concreto, y para determinar qué tribunal es el competente tendremos que averiguar cuál era el lugar en que hubiere de ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda, es decir, el pago, al no referirse el caso a las situaciones de la letra b) del mismo artículo. Debo recordar que el pagaré fue entregado en blanco por el Sr. Feichter y que fue la sociedad Česká sporitelna quien rellenó el lugar en que debía hacerse el pago.

Por lo tanto, podría surgir la cuestión de si el Sr. Feichter no asumió un compromiso libremente, en el caso de que en el acuerdo por el que Česká sporitelna debía rellenar el resto del pagaré se añadiese que debía pagarse no en Praga sino en otra ciudad o cualquier otro acuerdo y ésta lo vulnerase. El hecho es que el Sr. Feichter no discute que al rellenar el pagaré Česká sporitelna haya contravenido acuerdo alguno ni que no deba pagar la obligación en Praga. Por lo tanto, se estima que este caso encaja en el art. 5.1 a) del Reglamento 44/2001 y que el lugar donde debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda es Praga, por lo que el Tribunal municipal de Praga es competente según las normas del Reglamento para conocer de esta controversia.

Como conclusión, aunque creo que ha quedado perfectamente explicado, reproduzco la conclusión de la Abogado General:

«1) Cuando un pagaré forma parte de una serie de acuerdos celebrados por una entidad mercantil en el marco de su actividad empresarial y una persona física lo avala, estando dicha persona estrechamente ligada a la entidad, debe considerarse que, a los

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

efectos del artículo 15, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el aval se otorga en el marco de una actividad profesional. De ello se deriva que la expresión «en materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional» del artículo 15, apartado 1, no es aplicable en este caso.

2) El concepto de demandas “en materia contractual” del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento abarca también las demandas derivadas de un pagaré emitido inicialmente de forma incompleta (y completado posteriormente), iniciadas por el tenedor contra el avalista del emisor del pagaré.»

y la declaración de la Sala Primera del Tribunal de Justicia:

1) El artículo 15, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que tiene estrechos vínculos profesionales con una sociedad, como su gestión o una participación mayoritaria en ella, no puede considerarse consumidor en el sentido de dicha disposición cuando avala un pagaré emitido para garantizar las obligaciones asumidas por esta sociedad en virtud de un contrato relativo a la concesión de un crédito. Por consiguiente, esta disposición no es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

2) El artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001 es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

D.- Las normas de competencia judicial internacional en materia de contratos con parte débil

“Sumisión tácita y contratos con parte débil”

Gloria de Cabo Navarro

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

ÍNDICE: 1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2.- CASO CONTROVERTIDO. 3.- CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS. 4.- SOLUCIÓN A LAS CUESTIONES POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 5.- CONCLUSIONES.

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La cuestión que voy a analizar y sobre la que voy a llevar a cabo el estudio será la de saber si el foro de sumisión tácita previsto en el Reglamento 44/2001 va a ser operativa para los casos en los que nos encontremos ante un litigio en materia de contratos con parte débil.

Para ello, voy a centrar mi análisis en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE](#)) [del 20 de mayo de 2010 \(As. C-111/09\), que enfrenta a la aseguradora “Ceská podnikatelská pojistovna as, Vienna Insurance Group” \(CPP\) contra Michal Bilas.](#)

2.- CASO CONTROVERTIDO

El caso en cuestión que servirá de base para el análisis del problema planteado ha sido tratado en la sentencia STJUE 20 mayo 2010 en el asunto C – 111/09.

En dicha sentencia se da solución a una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal *Okresní soud v Chebu* de la República Checa el 3 de febrero de 2009.

Este asunto relacionaba a una compañía aseguradora domiciliada en la República Checa y el tomador del seguro Michal Bilas domiciliado en Eslovaquia, por el impago de una prima de seguros por parte de éste.

Tras el requerimiento por parte del *Okresní soud v Chebu* al señor Bilas, éste se presenta ante dicho tribunal para interponer una impugnación del fondo del asunto, pero sin cuestionar la incompetencia del juez que conocía del mismo.

Es tras esto cuando el tribunal checo llega a unas conclusiones sobre las cuales plantea las cuestiones prejudiciales:

Según este tribunal, no puede entrar a verificar su propia competencia de oficio ya que para ello ha de encontrarse en alguno de los supuestos que se recogen en los artículos 25 y 26 del Reglamento 44/2001 en los cuales se establece cuando se admite la comprobación de la competencia judicial.

Además de esto, el *Okresní soud v Chebu* considera que se ha sometido el litigio sin respetar el art. 12. 1 del Reglamento 44/2001, donde se establece que el asegurador solo podrá presentar la demanda en los tribunales donde el asegurado tenga su domicilio, por lo que según el artículo 35 del citado reglamento, no podrá reconocerse la decisión que tomase.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Por tanto, las dudas que generan estas conclusiones hacen que el tribunal se planté si puede verificar su competencia a pesar de que el artículo 26 del Reglamento 44/2001 establezca que debería declararse incompetente de oficio, o si bien, podría aplicar el artículo 24 del mismo reglamento a pesar de que según el artículo 8 remita la determinación de la competencia exclusivamente a la sección 3ª del Reglamento 44/2001.

3.- CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Una vez analizado el caso en cuestión, es preciso centrarse en las tres cuestiones prejudiciales que el tribunal ha planteado al TJUE a cerca de la aplicación del artículo 24 del Reglamento 44/2001 sobre la sumisión tácita en este tipo de contratos:

En primer lugar el *Okresní soud v Chebu* plantea si el artículo 26 del Reglamento 44/2001 no permite examinar la competencia de un tribunal de oficio a pesar de que el procedimiento se haya interpuesto contraviniendo las normas de jurisdicción por las que ha de regirse, en este caso, la sección 3ª del capítulo II.

La segunda cuestión hace referencia a si es posible aplicar el artículo 24 del Reglamento 44/2001 sobre la sumisión tácita a pesar de que la demanda se haya interpuesto violando las normas por las que se ha de regir la competencia en el caso de los contratos de seguros (sección 3ª, capítulo II).

La tercera pregunta, deriva de la segunda, ya que plantea que si en el caso de que no sea aplicable el art. 24 del mismo reglamento, puede considerarse como un acuerdo atributivo de competencia del art. 13.1 el hecho de que el demandado haya participado en el procedimiento sin haber cuestionado la competencia del mismo.

4.- SOLUCIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En la sentencia sobre la que estoy realizando el estudio, el TJUE soluciona en primer lugar la segunda cuestión planteada.

Esta cuestión se refiere en concreto a que si el juez al que se le ha sometido un litigio sin respetar las normas de la sección 3ª donde se regula la competencia en materia de seguros, es competente siempre que el demandado no comparezca proponiendo una excepción de la competencia, como interpretación al artículo 24. Por lo tanto, establecer si, aunque a pesar de que haya regulación de competencia específica en una materia, el hecho de que el demandado comparezca sin excepcionar la competencia supone una prórroga tácita de la misma.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El TJUE lleva a cabo un análisis de las excepciones a la aplicación del artículo 24 del Reglamento 44/2001, sobre las que establece que ha de llevarse a cabo una interpretación restrictiva de las mismas ya que delimita el ámbito de aplicación de una regla general. Esta excepción consiste en que no se podrá entender que hay sumisión tácita ante un órgano jurisdiccional si el demandado interpone una excepción de incompetencia expresando la voluntad de no querer someterse a dicho órgano.

Por tanto, el artículo 24 será aplicable como regla general a litigios a los que se refiere expresamente. Teniendo esto en cuenta, debido a que las normas de competencias de la sección 3ª del capítulo II del Reglamento 44/2001 no son exclusivas, el *Okresní soud v Chebu* debería declararse competente porque el demandado no ha propuesto una excepción de competencia.

En cuanto a la cuestión de que la resolución llevada a cabo podría no ser reconocida en virtud del artículo 35 del Reglamento 44/2001 hay que decir que no sería aplicable este artículo ya que, como antes el TJUE ha establecido, el tribunal es competente en virtud del artículo 24.

Es necesario tener en cuenta que en el caso en cuestión el demandado es una persona física que se puede considerar como parte débil en el proceso y que la sección 3ª lo que pretende es protegerla. Sin embargo, en este caso el demandado ha decidido comparecer por lo que el reglamento le permite defenderse en un órgano diferente de los que determina dicha sección.

A pesar de esto, al ser el demandado la parte débil, debería verificar el juez que el demandado es consciente de que su actuación va a suponer una prórroga tácita de la competencia y lo que eso supondría.

En cuanto a la respuesta de la primera y tercera cuestión planteada, al haber dado respuesta a la segunda, carecen de interés las mismas, ya que, la tercera se había planteado en caso de respuesta negativa a la segunda, y la primera tampoco ya que el artículo 26 se aplica a los órganos que no tienen la competencia fundada en las disposiciones reglamentarias.

5.- CONCLUSIONES

De la respuesta que da el TJUE en esta sentencia se deduce que el artículo 24 del Reglamento 44/2001 será interpretará en el sentido de que el juez se declarará competente cuando se le presente un litigio que no haya respetado las normas del la sección 3ª del capítulo II del mismo reglamento siempre que el demandado comparezca y no proponga una excepción de la competencia del órgano jurisdiccional, teniendo el juez en cuestión la capacidad para verificar si el demandado, al tratarse de una parte débil en el proceso, tiene conocimiento de las acciones que está realizando y de las consecuencias que supone la prórroga tácita de la competencia.

De esta manera es como el TJUE ha solucionado la operatividad del artículo 24 del Reglamento 44/2001 en cuestiones contractuales con parte débil en el proceso. Sin

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

embargo, con el nuevo reglamento 1215/2012, este problema se verá solucionado ya que incluye en su artículo 16.2 una norma para proteger a la parte débil en el contrato de seguro ante una sumisión tácita frente a los tribunales de otro estado miembro, como en el caso que he tratado. Este artículo indica que cuando el demandado es el tomador del seguro, el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda, ha de asegurarse de que el demandado ha sido informado de que tiene derecho interponer una excepción de la competencia de ese tribunal y las posibles consecuencias que puede tener el comparecer o no ante el mismo.

“La cláusula de sumisión en el contrato individual de trabajo”

Miguel José Flores Rocha

SUMARIO: I.- LA SUMISIÓN. 1.- Sumisión expresa en el Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. 2.- Sumisión tácita en el Reglamento 44/2001. II.- FOROS ESPECIALES POR RAZÓN DE LA MATERIA REGULADOS DEL ARTÍCULO 5 AL 21 DEL REGLAMENTO 44/2001. 1.- El contrato individual de trabajo. III.- INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1.- STJUE 19 junio 2012 Ahmed Mahamdia/República Argelina Democrática y Popular. 2.- Conclusiones abogado general AS C-154/11.

I.- LA SUMISIÓN

Comenzaremos el comentario jurisprudencial haciendo un repaso a la sumisión en el ámbito jurídico. La sumisión es una relación jurídica por la cual las partes determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer litigios que pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones que asumen dichas partes.

La sumisión puede realizarse mediante acuerdo expreso o mediante acuerdo tácito: ciertas prácticas que denotan la voluntad de las partes de someterse a los tribunales de un determinado país. El foro de sumisión presenta ventajas como la unidad jurisdiccional de conflictos, seguridad jurídica en las transacciones internacionales (A.Huet) y elección del mejor tribunal.

1.- La sumisión expresa en el Reglamento 44/2001

La sumisión expresa aparece regulada en el Capítulo II, sección séptima, concretamente en el artículo 23. Este artículo establece que si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de Estado miembro fueran competentes para conocer cualquier litigio que hubiese surgido o pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto contrario entre las partes. Además el artículo señala que este pacto debe realizarse: por escrito o verbalmente con confirmación escrita; en una forma ajustada a los hábitos entre las partes; o bien, en el comercio internacional en una forma

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo del sector comercial considerado.

Requisitos del acuerdo de sumisión

Este artículo solo se aplica si se cumplen determinados requisitos.

En primer lugar debe concurrir un auténtico acuerdo atributivo de competencia o acuerdo de sumisión entre las partes.

En segundo lugar al menos una de las partes debe tener domicilio en Estado miembro en el acuerdo de sumisión.

En tercer lugar el acuerdo de sumisión debe suponer la elección de los tribunales de un Estado miembro para la aplicación del Reglamento 44/2001.

En cuarto lugar el litigio debe afectar a una situación internacional.

Por último el asunto debe versar sobre materia litigiosa y no sobre jurisdicción voluntaria.

Efectos jurídicos del acuerdo de sumisión

El primero de estos efectos es el efecto de prórroga pues se atribuye competencia judicial internacional a los tribunales de Estado miembro que de otro modo no serían competentes conforme al reglamento.

El segundo efecto de derogación pues se excluye la competencia de cualquier otro tribunal que pudiera ser competente en virtud del reglamento.

El tercer efecto es el efecto obligatorio, pues la sumisión es obligatoria entre las partes.

El cuarto efecto es el efecto objetivo pues la sumisión afecta a la relación objetiva contenida en el contrato principal.

El quinto efecto es el efecto *inter partes*, pues el acuerdo produce efectos entre las partes que lo firman.

El último efecto es el efecto de la nulidad del contrato sobre el acuerdo de sumisión, de forma que la nulidad del contrato que incluye la cláusula de sumisión no afecta a tal cláusula.

2.- La sumisión tácita en el Reglamento 44/2001

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Se produce esta sumisión tácita por la presentación de la demanda por parte del demandante y la comparecencia del demandado ante el tribunal siempre que no tenga por objeto impugnar la competencia de ese tribunal. Aparece regulada en el artículo 24 del Reglamento 44/2001.

Régimen jurídico: el régimen jurídico se concreta en los siguientes puntos.

En primer lugar, solo es aplicable respecto a litigios sobre materias cubiertas por el Reglamento 44/2001.

En segundo lugar no puede operar respecto a litigios relativos a materia de competencia exclusiva.

En tercer lugar el litigio debe haber surgido antes que la sumisión tácita.

En cuarto lugar la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior.

En quinto lugar la comparecencia del demandado para impugnar la competencia no implica sumisión tácita.

En sexto lugar este artículo solo es aplicable para otorgar competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro.

En séptimo lugar es aplicable respecto a contratos de seguros, contratos de trabajo y contratos de seguro.

En octavo lugar la sumisión tácita opera con independencia del domicilio de las partes.

II.- FOROS ESPECIALES POR RAZÓN DE LA MATERIA

Estos foros especiales por razón de la materia aparecen regulados de los artículos 5 a 21 del Reglamento 44/2001. se caracterizan principalmente porque son foros alternativos al foro general del domicilio del demandado, de forma que si no existe acuerdo de sumisión el demandante puede accionar contra el demandado ante los tribunales de Estado miembro en que esté su domicilio (artículo 2 del reglamento); o bien ante los tribunales a los que conduzcan estos foros especiales por razón de la materia. La segunda característica es que son foros de competencia judicial internacional y foros de competencia territorial.

1.- Contrato individual de trabajo

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El contrato individual de trabajo aparece regulado capítulo II, sección quinta del Reglamento 44/2001, concretamente entre los artículos 18 a 21.

En relación con el tema de nuestro laboratorio jurisprudencial, la nota más relevante del artículo 18 es que cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario no domiciliado en Estado miembro pero poseyere sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en Estado miembro, se considerará, para los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro.

Conforme al artículo 19 los empresarios domiciliados en Estado miembro podrán ser demandados ante los tribunales en que estuvieran domiciliados y en caso de ser demandados en otro Estado miembro será ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo desempeñó. Cuando no hubiere desempeñado su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar donde estuviera situado el establecimiento que hubiera empleado al trabajador.

El artículo 20 establece que el empresario solo puede demandar al trabajador ante el tribunal del Estado miembro en el que estos últimos tuvieren su domicilio.

Por último el artículo 21 establece que prevalecerán sobre estas disposiciones los acuerdos atributivos de competencia (sumisión) que sean posteriores al nacimiento del litigio o que permitieran al trabajador formular demanda ante los tribunales distintos a los indicados en la presente sección. Podemos en este punto observar que se tiene en cuenta la defensa de la posición débil de la relación jurídica, favoreciendo los intereses del trabajador.

III.- INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1.- STJUE 19 de Junio de 2012 caso Ahmed Mahamdia/ República Argentina Democrática y Popular.

Esta sentencia tiene por objeto la interpretación de los artículos 18.2 y 21 del Reglamento 44/2001. En cuanto al litigio principal y las cuestiones prejudiciales, el Sr. Mahamdia, nacional argelino y alemán con residencia en Alemania, celebra un contrato de agente contractual con el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argentina, para desempeñar funciones de chófer. Este contrato tiene una cláusula de sumisión procesal que viene a establecer que en caso de divergencias derivados del contrato, solo son competentes los tribunales argelinos.

El 9 de agosto de 2007 el Sr. Mahamdia presentó demanda ante los tribunales alemanes y solicita que se le remuneren las horas extraordinarias de trabajo entre 2005 y 2007, siendo poco después despedido, de forma que presentó el demandante ante los tribunales alemanes un escrito de ampliación de la demanda para impugnar la legalidad de la resolución de su contrato de trabajo.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

En el marco del procedimiento de despido la República Argelina propuso una excepción de incompetencia de los tribunales alemanes, invocando las reglas internacionales sobre inmunidad de jurisdicción y la cláusula de sumisión procesal a favor de los tribunales argelinos incorporada en el contrato de trabajo.

Existen dos cuestiones prejudiciales. La primera de ellas es si el artículo 18.2 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una embajada constituye un establecimiento a efectos de esa disposición y si como consecuencia es aplicable dicho reglamento para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda interpuesta contra un Tercer Estado por el trabajador de la embajada de este Estado situada en Estado miembro.

Al interpretar dichos conceptos el TJUE ha establecido dos criterios: en primer lugar el concepto de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento presupone la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz. En segundo lugar el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de dichas entidades, bien a obligaciones contraídas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deben cumplirse en el Estado en que se encuentren tales actividades.

La segunda cuestión es si el artículo 21.2 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de sumisión otorgada antes del nacimiento del litigio está comprendida en esa disposición cuando la cláusula reconoce la competencia exclusiva a un tribunal que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de este reglamento.

En cuanto a la primera cuestión, el TJUE declara que el artículo 18.2 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la embajada de un Estado tercero situada en el territorio de un Estado miembro constituye un establecimiento a efectos de dicha disposición en litigio relativo a contrato de trabajo celebrado por ésta en nombre del Estado acreditante, cuando las funciones desempeñadas por el trabajador no forman parte del ejercicio del poder público.

En cuanto a la segunda cuestión el TJUE declara que el artículo 21.2 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de sumisión procesal otorgada antes del nacimiento de una controversia está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición en la medida en que ofrezca al trabajador la posibilidad de formular demandas ante otros tribunales, además de en los tribunales normalmente competentes en virtud de las reglas especiales de los artículo 18 y 19 de este Reglamento, incluido, en su caso, los tribunales situados fuera de la Unión.

2.- Conclusiones del abogado general AS C-154/11 Señor P. Mengozzi.

Existen dos cuestiones prejudiciales: la primera es si la embajada, situada en Estado miembro, de un Estado fuera del ámbito de aplicación del reglamento, una sucursal, agencia o establecimiento a efectos del art. 18.2 del Reglamento.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

La segunda cuestión es si, en caso de anterior respuesta afirmativa, puede una cláusula de sumisión procesal otorgada antes del nacimiento del litigio servir de base de la competencia de un tribunal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 cuando dicha cláusula excluya la competencia regulada en los art. 18 y 19 del reglamento.

En la demanda se plantea la cuestión de si en un litigio determinado como litigio principal, la problemática relativa a que el Estado parte en ese litigio goce de inmunidad de jurisdicción puede influir en la solución a los problemas de interpretación del Reglamento 44/2001. así, el órgano jurisdiccional alemán consideró que el demandante, en virtud de su contrato de trabajo, no participaba en el ejercicio del poder público argelino de forma que el Estado argelino no podía invocar su inmunidad de jurisdicción, pues el Estado moderno se ha convertido en un actor polimorfo de la vida jurídica y actuar sin ejercer su poder público.

En cuanto a la primera cuestión, la conclusión del abogado general es que el art. 18.2 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la embajada de un Estado tercero ante un Estado miembro debe asimilarse a una agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento en litigio relativo a un contrato de trabajo celebrado por esa embajada cuando se hubiera seleccionado al trabajador y éste hubiera desarrollado su actividad en territorio de Estado miembro, siempre y cuando tal actividad carezca de toda relación con el ejercicio del poder público del Estado acreditante.

En cuanto a la segunda cuestión, la conclusión del abogado general es que para asegurarse de que una cláusula de sumisión procesal otorgada, en un contrato de trabajo, con anterioridad al nacimiento del litigio, es conforme con el artículo 21.2 del Reglamento 44/2001, el órgano jurisdiccional alemán debe cerciorarse de que esa cláusula depara al trabajador la posibilidad de acudir a otros tribunales, además de a los órganos jurisdiccionales normalmente competentes con arreglo a las reglas especiales de los artículos 18 y 19 del Reglamento 44/2001 y que por lo tanto, le permite realizar una elección.

Bibliografía:

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado volumen 1*, 14 edición, Granada, Comares, 2013, pp 217-247

“El concepto de «lugar en que radique la agencia, sucursal o establecimiento secundario» en el contrato de trabajo”

Marina Barros García-Imhof

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: 1.- Planteamiento del litigio principal. II.- MARCO JURÍDICO. III.- ANÁLISIS JURÍDICO: 1.- Planteamiento. 2.- Definición de los conceptos de “sucursal”, “agencia” y “cualquier otro establecimiento”: 2.1.- Ausencia de definición expresa en el Reglamento 44/2001. 2.2.- Jurisprudencia del TJUE. 2.3.- Criterios de interpretación de los conceptos de “sucursal”, “agencia” y “cualquier otro establecimiento” establecidos por el TJUE. 2.4.- Cuestión relativa a si la embajada de un Estado tercero responde a la definición jurisprudencial de los conceptos de “sucursal”, “agencia” o “cualquier otro establecimiento”.

I.- INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2012, Ahmed Mahamdia / República Argelina Democrática y Popular en el asunto C-154/11 tiene por objeto resolver una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los arts. 18.2, y 21 del Reglamento (CE) nº44/2001 del Consejo de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, “Reglamento”).

Sin embargo, el objeto de este comentario jurisprudencial se refiere en exclusiva a la interpretación del art. 18.2 del Reglamento.

1.- Planteamiento del litigio principal

El litigio principal tiene por objeto una controversia entre el Sr. Mahamdia, trabajador de la embajada de la República Argelina Democrática y Popular establecida en Berlín (Alemania), y su empleador.

El Sr. Mahamdia, de nacionalidad argelina y alemana, reside en Alemania. Celebró un contrato de agente contractual con el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argelina Democrática y Popular para desempeñar funciones de chófer en la embajada de ese Estado situada en Berlín.

En primer lugar, el Sr. Mahamdia demandó a la República Argelina Democrática y Popular ante los tribunales alemanes solicitando que se le remuneraran las horas extraordinarias de trabajo realizadas durante los años 2005 a 2007.

Inmediatamente después el Sr. Mahamdia recibió una carta de despido, en vista de lo cual amplió la demanda inicial impugnando la legalidad de la resolución de su contrato de trabajo y solicitando una indemnización sustitutiva de preaviso, así como el mantenimiento de su empleo hasta la conclusión del litigio.

La República Argelina Democrática y Popular propuso una excepción de incompetencia de los tribunales alemanes invocando las reglas internacionales sobre la inmunidad de jurisdicción así como la cláusula de sumisión procesal otorgada en el contrato de trabajo.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El Arbeitsgericht Berlín acogió dicha excepción y desestimó la demanda del Sr. Mahamdia. El demandante recurrió en apelación esta sentencia ante el Landesarbeitsgericht Berlín-Brandenburg, que anuló parcialmente la sentencia objeto de recurso.

La República Argelina Democrática y Popular interpuso recurso de casación ante el Bundesarbeitsgericht que finalmente revocó la sentencia recurrida y devolvió el asunto al Landesarbeitsgericht Berlín-Brandenburg ordenando a éste que calificara las actividades del demandante en el litigio principal para determinar si podían considerarse como funciones soberanas del Estado demandado por lo que gozaría de inmunidad jurisdiccional. Si resultase que el Estado carece de dicha inmunidad, deberá determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio principal teniendo en consideración el art. 18. 2 del Reglamento.

El Landesarbeitsgericht Berlín-Brandenburg determinó, en atención a las funciones desempeñadas por el Sr. Mahamdia, que el Estado demandado en el litigio principal no goza de inmunidad de jurisdicción por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales.

Sin embargo, debido al objeto de este comentario solo haremos referencia a la primera: ¿Es la embajada, situada en un Estado miembro, de un Estado que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento “una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento secundario” en el sentido del art. 18.2, de dicho Reglamento?

II.- MARCO JURÍDICO

La sección 5 del Capítulo II del Reglamento contiene las reglas de competencia de los litigios que tienen por objeto contratos individuales de trabajo. En concreto el art. 18 de dicho Reglamento tiene el siguiente tenor:

“1. En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio del artículo 4 y del punto 5 del artículo 5.

2. Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro.”

III.- ANÁLISIS JURÍDICO

1.- Planteamiento

La cuestión a determinar es si el art. 18.2 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una embajada constituye un “establecimiento” a efectos de esa disposición y si por lo tanto es aplicable para determinar la competencia judicial

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

internacional para conocer de una demanda interpuesta contra un tercer Estado por el trabajador de la embajada de ese Estado situada en un Estado miembro.

En cuanto al ámbito material, con carácter preliminar, cabe señalar que el Reglamento es aplicable a los litigios en materia civil y mercantil, salvo ciertas excepciones. En particular, la sección 5 del Capítulo II en la que se encuentra el art. 18, contiene las reglas de competencia relativas a los litigios que tienen por objeto contratos individuales de trabajo.

En lo referente al ámbito territorial, el Reglamento, y en particular su capítulo II, contienen una serie de reglas que forman un sistema global, aplicables no sólo a las relaciones entre los distintos Estados miembros, sino también a las relaciones entre un Estado miembro y un tercer Estado. Concretamente, el art. 18.2 establece que cuando un trabajador celebre un contrato de trabajo con un empresario que tenga su domicilio fuera del territorio de la UE, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, debe considerarse que ese empresario tiene su domicilio en ese Estado miembro a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente.

Para lograr una eficacia plena de este artículo, los conceptos jurídicos de “agencia”, “sucursal” y “cualquier otro establecimiento” han de ser interpretados de forma autónoma que sea común a todos los Estados.

El litigio principal suscita la cuestión de si la Embajada en la que trabajaba el Sr. Mahamdia puede calificarse de “sucursal”, “agencia” o “cualquier otro establecimiento” a efectos del citado artículo.

2.- Definición de los conceptos de “sucursal”, “agencia” y “cualquier otro establecimiento”

2.1.- Ausencia de definición expresa en el Reglamento 44/2001

Aunque el Reglamento hace referencia varias veces a los conceptos de “sucursal”, “agencia” y “establecimiento secundario” contenidos en el art. 18.2, no recoge definición expresa de ninguno de ellos.

Interpretación literal

De la estructura del Reglamento se desprende claramente que las normas sobre competencia de los arts. 18 y ss. operan como *lex specialis* y constituyen excepciones al principio según el cual las normas sobre competencia establecidas en el Reglamento sólo se aplican cuando el demandado está domiciliado en el territorio de un Estado miembro. Su efecto es ampliar el ámbito de aplicación del Reglamento y la especialidad de estas reglas da lugar, en principio, a una interpretación restrictiva.

Interpretación teleológica

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

No obstante, esta interpretación literal y sistemática ha de combinarse con una interpretación teleológica del art. 18 del Reglamento. Es por ello por lo que para determinar los criterios que configuran los conceptos de “sucursal”, “agencia” y “establecimiento secundario” contenidos citado artículo debe acudirse al objetivo perseguido por esa disposición.

Como se desprende del decimotercer considerando del Reglamento, las reglas de la sección 5 del capítulo II pretenden proteger a la parte contratante mas débil mediante reglas de competencia mas favorables a los intereses de esa parte de lo que disponen las reglas generales.

Estas reglan otorgan tres opciones al trabajador, permitiéndole demandar al empresario ante los tribunales del Estado en que esté domiciliado, ante los tribunales del Estado en que desempeñe habitualmente su trabajo, o incluso ante los tribunales del Estado en que esté situado el establecimiento del empresario.

Por lo tanto, los conceptos de “agencia” , “sucursal” y “cualquier otro establecimiento” deben interpretarse a la luz de este objetivo concreto de garantizar la protección de la parte más débil en la relación contractual.

2.2.- Jurisprudencia del TJUE

Debido a la falta de definición expresa de los conceptos de “agencia”, “sucursal” y “cualquier otro establecimiento” es necesario acudir a la jurisprudencia del TJUE.

Ante todo, debe precisarse que el TJUE sólo ha interpretado los conceptos de “agencia”, de “sucursal” o de “cualquier otro establecimiento” en el contexto del Convenio de Bruselas, y nunca anteriormente en relación con un litigio sobre un contrato de trabajo.

Sin embargo, como medio para garantizar la continuidad entre el Reglamento y el Convenio de Bruselas, los conceptos de “sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento secundario” que figuran en ambos deben interpretarse con arreglo a los criterios establecidos por el TJUE en su jurisprudencia sobre el art. 5.5 del Convenio de Bruselas, que contiene los mismos conceptos y establecen las reglas de competencia especial de los litigios referentes a la explotación de un establecimiento secundario de una empresa.

Además esta disposición se encuentra reproducida literalmente en el art. 5.5 del Reglamento. Es por ello por lo que podemos referirnos de la jurisprudencia referida a estos conceptos en el marco del Convenio de Bruselas, concretamente a una serie de Sentencias.

Sentencia De Bloos

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El Tribunal de Justicia trató de definir dichos conceptos por primera vez y afirmó en lo relativo a las agencias y sucursales que:

“Uno de los elementos esenciales que caracterizan los conceptos de sucursal y de agencia es el sometimiento a la dirección y al control de la empresa principal”.

En cuanto al concepto de establecimiento:

“Se funda, según el espíritu del Convenio, en los mismos elementos esenciales que los de sucursal o de agencia”.

Sentencia Somafer

Posteriormente, el TJUE puntualizó un primer criterio:

“El concepto de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento supone un centro de operaciones, que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una [casa matriz], dotado de una dirección y materialmente equipado para poder realizar negocios con terceros, de tal modo que éstos, aun sabiendo que eventualmente se establecerá un vínculo jurídico con la [casa matriz], cuyo domicilio social se halla en el extranjero, quedan dispensados de dirigirse a ella directamente, y pueden realizar negocios en el centro operativo que constituyen su prolongación”.

Realizó además una segunda declaración:

“Es necesario, además, que el objeto del litigio se refiera a la explotación de la sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento”. “Este concepto de explotación comprende, por una parte, los litigios relativos a los derechos y obligaciones, contractuales o extracontractuales, sobre la gestión propiamente dicha de la agencia, de la sucursal o del establecimiento en sí mismos, tales como los que se refieren al alquiler del inmueble donde estén instaladas estas unidades de actuación o a la contratación en dicho lugar del personal que allí trabaja”.

Sentencias Blanckaert & Willems y SAR Schotte

Por último, el TJUE precisó que la sucursal, la agencia o el establecimiento:

“Debe presentarse a la vista de terceros de manera fácilmente reconocible como una prolongación de la casa matriz”. “La estrecha relación entre el litigio y el órgano jurisdiccional que está llamado a conocer del mismo se aprecia igualmente en función de la manera como estas dos empresas se comportan en la vida social y se presentan con respecto a terceros en sus relaciones comerciales”

2.3.- Criterios de interpretación de los conceptos de “sucursal”, “agencia” y “cualquier otro establecimiento” establecidos por el TJUE

Una vez analizada la jurisprudencia del TJUE, podemos determinar que ha establecido dos criterios que determinan si una acción judicial relativa a la explotación de una de esas categorías de establecimiento está relacionada con un Estado miembro.

Primer criterio

En primer lugar, el concepto de “agencia”, “sucursal” o “cualquier otro establecimiento” presupone la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Este centro debe estar dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, quedan dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz.

Segundo criterio

En segundo lugar, el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de dichas entidades, bien a obligaciones contraídas por éstas en nombre de la casa matriz, cuando estas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades.

2.4.- Cuestión relativa a si la embajada de un Estado tercero responde a la definición jurisprudencial de los conceptos de “sucursal”, “agencia” o “cualquier otro establecimiento”

Primer criterio

En cuanto al primer criterio establecido por el TJUE, cabe señalar que una embajada puede asimilarse a un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior y que contribuye a identificar y representar al Estado del que procede.

Segundo criterio

En cuanto al segundo criterio, es evidente que el objeto del litigio principal es una controversia en el ámbito de las relaciones laborales, luego presenta un vínculo suficiente con el funcionamiento de la embajada de que se trata en lo que respecta a la gestión de su personal.

Conclusión

Por lo tanto, la embajada de un Estado tercero situada en un Estado miembro constituye un “establecimiento” en el sentido del art. 18. 2 del Reglamento, en lo referente a litigios relativos a contratos individuales de trabajo celebrados en nombre del Estado acreditante, cuando las funciones de los trabajadores con los que ha celebrado dichos contratos están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la embajada en el Estado receptor y no forman parte del ejercicio del poder público.

BIBLIOGRAFÍA:

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

STUE 19 de julio de 2012 (As. C-154/11) Ahmed Mahamdia/República Argelina Democrática y Popular.

Conclusiones Abogado General As. C-154/11.

“El foro en materia de contrato de trabajo previsto en el art. 19.2.a) Reglamento 44/2001”

Camilo Espinal Arango y María Camila Maya Gil

SUMARIO: I.- PLANTEAMIENTOS GENERALES. II.- CONSIDERACIONES DEL MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. ¿Cómo se concreta el foro de competencia judicial internacional, en materia de contrato individual de trabajo, previsto en el art. 19.1.a) Reglamento 44/2001? III.- Consideraciones jurisprudenciales: 1.- Sentencia 383 de 1995, Caso Rutten Vs Cross Medical Ltd. 2.- Sentencia C-37 de 2000, caso Weber Vs Sociedad Catering logistic Managment BV. IV.- CONCLUSIONES. V.-BIBLIOGRAFIA.

I.- Planteamientos generales

En el presente trabajo intentaremos dar respuesta a una cuestión específica, un interrogante ligado a las disposiciones de derecho laboral internacional regulado por el legislador de la Unión Europea (UE) en el Reglamento 44/2001. Lo que se pretende es evidenciar la forma en la que el Tribunal de Justicia de la UE interpreta el art.19, numeral 2, literal “a” del reglamento anteriormente mencionado, para así observar lo que buscaba el legislador cuando estableció que el trabajador puede demandar a su empleador en el Estado, siempre que sea Estado miembro, en donde desempeñare de manera habitual su servicio o en el Estado donde lo hizo por última vez.

La verdad es que el cuestionamiento no es tan extenso, pues al observar bien el objetivo planteado, encontramos que lo que se requiere para conseguirlo es determinar qué entiende el Tribunal de Justicia por “lugar habitual en el que se desempeña el servicio”, para así poder entender de forma correcta el foro de competencia consagrado en este artículo y observar las autoridades jurisdiccionales del Estado que se consideraría competente.

En esta búsqueda se tiene un punto de partida, el punto cero del que iniciamos para encontrar la jurisprudencia y opiniones del Tribunal es el manual “Derecho Internacional Privado”, tomo 2, de los autores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, el cual nos ofreció una vista panorámica de la variedad

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

jurisprudencial que se tiene al respecto, además de unas pinceladas breves de lo que entiende el Tribunal sobre la cuestión aquí indagada, por lo que en primer lugar nos dirigiremos a presentar lo allí encontrado. En un segundo momento procederemos a analizar algunas de las sentencias citadas por los autores y haremos énfasis en exponer lo que éstas dicen al respecto de aquello entendido por “el lugar donde se desarrolla de manera habitual el servicio contratado”, igualmente expondremos la información sobre lo que pasaría en el caso en que no se logre determinar el estado en el que se realiza de forma habitual el trabajo. Por último intentaremos, agrupando lo encontrado y analizando desde nuestro punto de vista, dar un concepto general de lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera por “Estado en el que se desarrolla de forma habitual el servicio” para así entender lo expuesto y pretendido por el legislador en el art.19, numeral 2, literal “a”, del reglamento 44/2001.

II.- Consideraciones del manual de derecho internacional privado (Calvo Caravaca & Carrascosa González. Vol. II, Editorial Comares³⁰).

1.- ¿Cómo se concreta el foro de competencia judicial internacional, en materia de contrato individual de trabajo, previsto en el art. 19.1.a) Reglamento 44/2001?

Un acercamiento general y sistemático sobre el asunto es proporcionado por los autores Calvo Caravaca y Carrascosa González; la cuestión central aquí considerada pretende concretar el foro de Competencia Judicial internacional en materia de contrato de trabajo, en caso de ser el trabajador el demandante, artículo 19.2.a) del Reglamento 44/2001.

En los términos del Reglamento 44 de 2001, en una relación laboral, el empleador domiciliado en un estado miembro de la Unión Europea podrá ser demandado por el trabajador ante los Tribunales de los Estados Miembros donde ese trabajador, con habitualidad, presta o prestó en último lugar sus servicios, aun siendo diferente al Estado de domicilio del empresario, de acuerdo con el artículo 19.2.a). Previo al análisis que nos ocupa hay que hacer una precisión, el mencionado es un foro de competencia Judicial Internacional pero es necesario aclarar que también es un foro de competencia territorial, los tribunales territorialmente competentes son los correspondientes a dicho lugar de prestación habitual, sin embargo será analizado solo en calidad de Foro de Competencia Judicial Internacional.

Pueden surgir problemas a la hora de identificar ese estado miembro donde habitualmente se han prestado los servicios, de tal forma que la acción contra el empresario pueda interponerse antes sus tribunales; en este orden de ideas el desarrollo del foro de competencia judicial internacional ha sido objeto de precisión por parte de la Jurisprudencia tanto Estatal como Institucional.

Para determinar el lugar de prestación habitual de los servicios se ha concluido, vía jurisprudencial, que habrá que atender a criterios fácticos sin remitirse a la ley de ningún estado; sobre ello encontramos múltiples pronunciamientos y destacaremos la

³⁰ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZALEZ, J., Derecho Internacional Privado, 12a ed., Granada, Comares, 2011, pp 839-844.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de enero de 2007, sobre el asunto C-383/95, relativa al caso Rutten vs. Cross Medical; el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en ultimas, identifica los criterios fácticos al observar ciertos elementos en cada caso, ha optado por equiparar “el lugar de prestación habitual” con el “lugar de prestación principal”, que será aquel donde el trabajador posee el centro efectivo de sus actividades laborales, donde planificará y organizará la prestación que debe ser ejecutada, empleando como criterio final la delimitación temporal, será el lugar de prestación habitual aquel donde el trabajador ocupa la mayor parte de su tiempo de trabajo; sin embargo hace una salvedad para el caso en que la situación pueda presentar un vínculo más estrecho con otro estado miembro, la acción se interpondrá ante el tribunal del estado vinculado con mayor intensidad.

Una vez establecido que el foro se concreta acudiendo a criterios fácticos surge un nuevo interrogante, ¿Qué sucede cuando no son claros los elementos fácticos?, si no se puede identificar cual es el territorio de prestación habitual con arreglo a estos criterios el presente foro del artículo 19.2.a) no operara, veremos esta afirmación desarrollada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 27 de febrero de 2002, sobre el asunto C-37/00, caso “Weber”, así mismo, en la mencionada sentencia evidenciaremos que en los casos donde el trabajo se desempeñe en una instalación situada en la plataforma continental de un estado, va a considerarse una prestación cumplida en dicho estado.

Es preciso aclarar que el foro del último lugar en que hubiera desarrollado su actividad laboral el trabajador solo opera en los casos en que el sujeto demandante ya no trabaja para el empresario demandado.

III.- Consideraciones jurisprudenciales

1.- Sentencia 383 de 1995, Caso Rutten Vs Cross Medical Ltd.

Lo que se discute en el presente caso es el significado de la frase "el lugar en el que el trabajador desempeñará habitualmente su trabajo". La determinación de dicho lugar en cada caso concreto es una cuestión de hecho que habrá de resolver el órgano jurisdiccional nacional, pues la vaguedad del termino habitualidad da a lugar a múltiples posiciones a la hora de concretar el sitio de trabajo, en este orden de ideas se solicita concretamente al Tribunal de Justicia en el presente caso que delimite qué factores deben tenerse en cuenta para dicha determinación del lugar.

La problemática central abordada en la sentencia C-383/95 del Tribunal de Justicia gira en torno a la determinación del lugar de trabajo ya que el trabajador ejerce actividades relacionadas con sus prestaciones laborales en más de un país; dando lugar al interrogante sobre cuál de las actividades debe considerarse y de qué trata el carácter habitual.

En respuesta a estas condiciones la argumentación estará orientada a dar sustento factico que permita la elaboración jurídica de los argumentos adoptados por el Tribunal de justicia. El señor Rutten, nacional holandés y domiciliado en este mismo país,

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

mantenía una relación laboral inicial con una filial holandesa de Cross Medical Ltd, en dicho contrato de trabajo se determina la competencia judicial internacional en caso de controversias, sin embargo tal contrato es terminado por razones vinculadas con la liquidez de dicha filial; a partir de tal momento se celebra un nuevo contrato laboral directamente con Cross Medical Ltd en el que, por sorpresa, no es pactada la Competencia para la resolución de conflictos, este último contrato es resuelto el 1 de octubre de 1991, de tal forma que el señor Rutten interpone una demanda ante los Tribunales Holandeses para el pago del salario retrasado, tal competencia de los órganos Jurisdiccionales holandeses es impugnada por Cross Medical. Antes de decidir sobre la impugnación de la competencia es crucial tener en cuenta los elementos centrales relacionados con la actividad laboral, pues en base a tales circunstancias será posible establecer la materialización de las exigencias normativas para efectos de la competencia judicial internacional de un Tribunal, así, el señor Rutten en cumplimiento de su actividad laboral contaba con un despacho en los países bajos desde donde planificaba y preparaba su actividad y al que regresaba después de cada viaje de trabajo; igualmente sobre la distribución de su tiempo en los diferentes territorios habrá que decir que pasaba aproximadamente dos tercios de su tiempo en los Países Bajos, mientras que el porcentaje faltante era distribuido entre los demás territorios a los que se movilizaba para dar cumplimiento a las prestaciones respectivas, entre estos países Inglaterra, Escocia, Irlanda, etc.

El interrogante inmediatamente siguiente va encaminado a la determinación del órgano jurisdiccional competente para resolver controversias relativas a los contratos laborales, dicha competencia está dada por el artículo 19.2 a) del Reglamento 44 de 2001, sobre el lugar en que el trabajador desempeña su prestación laboral.

Al respecto el Tribunal de Justicia establece que el lugar de cumplimiento de la prestación laboral debe configurarse según el lugar de trabajo principal, y una vez concretado tal lugar serán competentes los órganos jurisdiccionales con correspondencia territorial. En esa línea argumental es primordial establecer en un primer momento cual es la prestación principal y donde se cumple; el análisis precisa aclarar inicialmente cual es la prestación principal, tema que puede resultar problemático desde que toda prestación laboral exige que sean desplegadas múltiples actividades para ser cumplida; tras haber establecido la prestación principal habrá que saber cuál es el lugar donde se cumple, pero una misma actividad puede igualmente ser ejecutada en diferentes lugares; entendiendo las dos principales preocupaciones a la hora de manifestarse sobre la cuestión puede afirmarse que en la mayoría de los casos el Tribunal ha dicho que el concepto de lugar de prestación principal equivale al lugar en que se realiza "habitualmente" el trabajo, referido en el artículo 19.2 a);

La competencia dada a los tribunales en que habitualmente un trabajador despliegue su prestación está fundada en la necesidad de garantizar una protección adecuada a la parte contratante más débil desde una perspectiva social, en este caso, el trabajador. Pues bien, dicha protección adecuada está mejor garantizada si los litigios relativos a un contrato de trabajo son competencia de los órganos jurisdiccionales del lugar en que el trabajador desempeña las obligaciones que le atañen respecto a su empresa. En efecto, este es el lugar en el que el trabajador puede, con menores gastos, acudir a los Tribunales o defenderse ante los mismos.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Siempre que un trabajador para cumplir con lo pactado en un contrato laboral deba ejecutar actividades en diferentes territorios pertenecientes a más de un estado, los criterios que deben tenerse en cuenta para dotar de contenido al término habitualidad, consagrado en el artículo citado, no serán otros diferentes de la ubicación del trabajador en un estado contratante, desde el que desempeñe sus actividades y al que regrese después de cada uno de sus desplazamientos profesionales, así mismo es central señalar cual es el lugar donde ese mismo trabajador pase el mayor porcentaje de tiempo.

2.- Sentencia C-37 de 2000, caso Weber Vs Sociedad Catering logistic Managment BV.

Encontramos que la sentencia es previa al reglamento que estamos buscando analizar y que así mismo está interpretando el artículo 5, numeral 1, del convenio de 27 de septiembre de 1968, Bruselas I, el cual expresa exactamente lo mismo que el art.19.2.a) del Reglamento 44/2001, por lo que esta cuestión no es problema, pues la interpretación que se hace del primero debe ser congruente con la que se haga del segundo y así encontramos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE que vincula al primero, de igual forma vincula al segundo, por lo que la sentencia nos sirve para acercarnos y definir cada vez más lo indagado en el objetivo planteado en este trabajo.

Escogemos esta sentencia pues en su desarrollo se refiere a diferentes planteamientos: mira los elementos fácticos requeridos para determinar el estado en el que se desenvuelve habitualmente el servicio, dice que pasa en los casos en los que el servicio se presta en una plataforma continental anexa a un estado miembro y que pasa en los casos en los que los criterios fácticos no permiten determinar un único estado en el que se presta habitualmente el servicio, por lo que partiendo de que ya en un momento previo de este trabajo se hizo referencia al primer planteamiento, en este apartado solo nos referiremos a los últimos dos.

En primer lugar debemos decir que la sentencia se trata de un caso, en el que un individuo alemán, el señor Weber, domiciliado en Alemania que trabajaba como cocinero en el periodo de tiempo desde julio de 1987 hasta el 30 de diciembre de 1993, para la sociedad escocesa Universal Ogden Services Ltd domiciliada en Reino Unido, fecha en la cual esta última resuelve el contrato laboral, lo que lleva a que sea demandada por el señor Weber.

Inicialmente lo que se discute en la sentencia es que el servicio fue prestado, o por lo menos la última parte de este, en la zona de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, abordaje de buques o en instalaciones mineras, por lo que surge la cuestión de si estas plataformas continentales se consideran parte del territorio del Estado, para así saber si la actividad laboral se desarrolló en un Estado miembro o no, pues según la jurisprudencia si el trabajo se realizó totalmente fuera de los estados miembros no es

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

posible aplicar las disposiciones aquí observadas, debido a que se requiere que la cuestión por la que se va a indagar, tenga algún vínculo con un estado miembro para poder ser regulado por las normas Institucionales. Así la sentencia recurre al artículo 29 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el cual dice que: “un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo” lo que significa que un trabajo desplegado en una plataforma continental anexa a los países bajos, se considera como una actividad desarrollada dentro de estos, por lo que es aplicable la regulación aquí analizada.

En segundo lugar encontramos que la sentencia justifica el foro de competencia en la relación que tiene el desarrollo de la actividad laboral con el estado en el que se presenta para proteger la correcta administración de justicia y permitir la sustanciación adecuada del proceso, mostrando de igual forma a el juez del lugar donde se desarrolla el contrato de trabajo como el más apto para conocer las controversias que pueden surgir de este. Además indica el tribunal que este foro implica una garantía al trabajador, pues le permite interponer la demanda en el lugar donde lo más probable es que también resida, por lo que no tendrá que incurrir en gastos de transporte y no se presentaran supuestos de denegación de justicia.

Así mismo, el tribunal por esta misma garantía que busca mantener frente al trabajador, expresa la voluntad que se tiene de evitar la concurrencia de diferentes estados competentes, pues se busca dificultar la posible contradicción de resoluciones judiciales, además de que se busca facilitar el reconocimiento y ejecución de las mismas, por lo que si en virtud del art.19.2. a) son competentes diferentes estados, este no se debería aplicar al encontrarse que va en contra del espíritu de la norma, pues se estaría frustrando la garantía ofrecida a la parte débil.

Entendemos entonces que el Tribunal Supremo busca con el art.19.2. a), la protección del trabajador, por lo que consagra un foro de competencia en el que se pueda interponer la demanda ante los tribunales de un Estado que tengan gran vinculación con dicho sujeto, lo que le facilite económicamente ejercer el derecho a la justicia, al igual que se le facilite la defensa de sus pretensiones por medio de la aportación más sencilla de pruebas al proceso. Así lo que no se tiene como objetivo es consagrar un foro concurrencial entre diferentes estados, por lo que si los elementos fácticos, que se mencionaron en el análisis de la sentencia anterior, no logran establecer un lugar diferenciado de otros en el que se desarrolla habitualmente la actividad laboral, entonces no se puede recurrir a este artículo en especial, sino que se tendrá que optar por los otros foros de competencia, aclarando de igual forma que los foros consagrados por el reglamento en esta materia son alternativos y se aplican de igual forma que el foro general del demandado del art.2 del reglamento 44/2001.

IV.- Conclusiones

- Concretar el foro de Competencia Judicial Internacional en materia de contratos laborales cuando el trabajador es el demandante puede lograrse en observancia del artículo 19.2 a) del Reglamento 44 de 2001, pero aplicar este

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

foro exige antes aclarar cómo ha de interpretarse lo en él dispuesto; tal interpretación dependerá, en los términos del Tribunal de Justicia, de la concurrencia de elementos facticos y no propiamente normativos, entre estos el carácter principal de una actividad de cara a la prestación general de trabajo, la cual debe ser cumplida con mayor proporción temporal en un mismo lugar.

- En cuanto a la duda que surge sobre aquella actividad laboral desplegada en la plataforma continental de un país se entenderá que la prestación es cumplida en territorio del estado del que la plataforma es anexa, desde que el mismo estado sea miembro de la Unión Europea le será aplicable el Reglamento 44/2001 en la totalidad de su territorio sin excepción; así resulta pertinente recurrir a lo dispuesto en el artículo 19.2 a) para esclarecer la competencia Judicial Internacional.

- En último lugar es pertinente señalar qué sucede cuando no se logra definir, según los elementos fácticos, un único lugar de prestación habitual del servicio para que los órganos jurisdiccionales de tal lugar resulten competentes; ante esta situación no será posible aplicar lo dispuesto en el artículo 19.2 a) del Reglamento pues se deja de lado el fin de la norma, la cual pretende proteger al trabajador como parte débil, en la relación jurídico laboral, para que este pueda ejercer acciones relativas al contrato de trabajo en el lugar en que estas representen una menor carga. En caso de existir varios órganos competentes por concurrir en su territorio los elementos fácticos dispuestos en el artículo 19.2 a) resulta inaplicable el artículo citado, habrá que recurrir a los demás foros del Reglamento para puntualizar la competencia Judicial internacional en materia laboral.

V.- BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 12a ed., Granada, Comares, 2011, pp 839-844.

“El concepto de «consumidor»”

Heimon Alexander Cuevas Santos y David Gallego Ferrero

“Determinación del concepto de «consumidor»”

Heimon Alexander Cuevas Santos

A través del análisis de la STJUE 14 marzo 2013 (As. C-419/11) Česká spořitelna a.s. Gerald Feichter, donde se plantea una cuestión prejudicial relativa al litigio entre Česká spořitelna a.s. y el Sr. Feichter sobre un pagaré otorgado de forma incompleta por

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

una sociedad, cuyo domicilio estaba en un Estado miembro, en favor de una prestamista domiciliada en el mismo Estado miembro, en cuyo otorgamiento del pagaré intervino también, como avalista, una persona física vinculada a aquella sociedad pero domiciliada en otro Estado miembro, y en la que se realiza una explicación de varios conceptos como “materia contractual”, “contratos celebrados por un consumidor”, “pagaré emitido de forma incompleta” y “lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda”, realizaremos una interpretación de los artículos 5, punto 1, letra a), y 15, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, con el fin de acotar el concepto de consumidor en el Reglamento 44/2001.

Trataremos de explicar el litigio de forma esquemática:

1 - El 28 de abril de 2004, la sociedad Feichter, con domicilio en Brno (República Checa), emitió un pagaré en blanco a favor de la sociedad Česká spořitelna, con domicilio social en Praga (República Checa). El pagaré, firmado en nombre de la sociedad Feichter por su gerente, el Sr. Feichter, se emitió para garantizar obligaciones asumidas por dicha sociedad en virtud de un contrato de crédito en cuenta corriente celebrado entre la mencionada sociedad y Česká spořitelna en la misma fecha;

2 - el Sr. Feichter también firmó como persona física el pagaré en el anverso, con la mención «por aval»;

3 - los detalles relativos al importe pagadero, a la fecha de vencimiento y al lugar de pago del pagaré fueron completados por Česká spořitelna con arreglo a un acuerdo relativo a la adición de los datos que faltaban, concluido en la misma fecha; el pagaré así completado contenía una promesa incondicional de la sociedad Feichter de pagar, el 27 de mayo de 2008, en Praga, la cantidad de 5.000.000 de CZK a la orden de Česká spořitelna;

4 - en la fecha de vencimiento, el pagaré se presentó en el lugar del pago, pero no fue abonado. Por consiguiente, Česká spořitelna entabló una acción ante el Tribunal municipal de Praga dirigida a obtener del Sr. Feichter el pago del importe resultante de la suscripción del pagaré, más los intereses, a partir del 28 de junio de 2008 y hasta el momento del pago, así como una comisión por el pagaré. En dicho procedimiento, el Sr. Feichter opuso la excepción de incompetencia del Městský soud v Praze, aduciendo su residencia en Austria.

Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) deberá aclarar si la competencia judicial del órgano jurisdiccional deberá determinarse con arreglo a las normas en materia de contratos celebrados por consumidores (para lo cual deberán cumplirse los requisitos exigidos por el art. 15.1 Reglamento 44/2001) o, si por el contrario, deberá determinarse la competencia judicial conforme a la regla especial del art. 5.1.a Reglamento 44/2001 (donde lo controvertido en este aspecto será la

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

calificación o no de “derecho contractuales” de los derecho derivados del pagaré objeto del litigio principal puesto que, en el Derecho checo, el pagaré es un título-valor de carácter abstracto que no es de naturaleza contractual aun cuando materialice el contenido de un contrato, así como averiguar si el caso se trata de una obligación libremente aceptada, debido a que el concreto lugar del pago no se determinó ni en el pagaré ni en el acuerdo relativo a la adición de los datos que faltaban).

En primer lugar, nos centraremos en el artículo 15.1 Reglamento nº 44/2001: este precepto constituye una excepción a la regla general de competencia establecida en el art. 2.1 Reglamento 44/2001, que atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, así como una excepción a la regla de competencia especial en materia de contratos del art. 5.1 de dicho Reglamento, según la cual el tribunal competente será el del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda. El art. 15.1 Reglamento 44/2001 es aplicable cuando concurren, de forma cumulativa, los siguientes tres requisitos:

1º *“Una parte contractual tiene la condición de consumidor que actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional”.*

2º *“El contrato entre dicho consumidor y un profesional ha sido efectivamente celebrado”.*

3º *“Este contrato pertenece a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a) a c), del referido artículo 15”.*

Sobre el primer requisito, diremos que el TJUE sólo se refiere al consumidor final privado, es decir, aquel que no realiza actividades comerciales o profesionales, en cuanto parte del contrato que se considera económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su cocontratante profesional. Esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional, como se desprende de las circunstancias del litigio objeto del caso.

El aval de una persona física otorgado en el marco de un pagaré emitido para garantizar las obligaciones de una sociedad mercantil no puede considerarse otorgado fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional si esa persona física tiene estrechos vínculos con dicha sociedad, como su gestión o una participación mayoritaria en ella.

Por consiguiente, no se cumple el primer requisito exigido de existencia de una “parte contractual que tenga la condición de consumidor que actúa como tal”, no siendo necesario examinar si se cumplen los otros dos requisitos para la aplicación de dicho artículo, puesto que es necesario que éstos se cumplan de forma cumulativa. Por tanto, de las consideraciones anteriormente citadas, extraemos la conclusión de que esta disposición no es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de tal acción jurisdiccional.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

En segundo lugar, nos centraremos en saber si es posible contemplar dentro del concepto de “demandas en materia contractual” del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento 44/2001, las demandas derivadas de un pagaré emitido de forma incompleta, iniciadas por el tenedor contra el avalista del emisor del pagaré, teniendo en cuenta exclusivamente el contenido del documento como tal. Por otro lado, intentaremos acotar el alcance que debe darse al concepto de “lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”. Para ello, antes de comenzar, será preciso señalar que el concepto “materia contractual” en el sentido del art. 5.1.a) Reglamento 44/2001 deberá interpretarse de forma autónoma, es decir, deberá referirse esencialmente al sistema y objetivos del Reglamento, a fin de garantizar una correcta aplicación de éste en todos los Estados miembros.

Pues bien, comenzaremos señalando que el propio art. 5.1.a) Reglamento 44/2001 no exige la celebración de un contrato como tal, pero lo que sí requiere es la existencia de una obligación entre las partes, pues la competencia del órgano jurisdiccional se va a determinar “en función del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda”. Por tanto, ante esta regla especial de atribución de competencia del art. 5.1.a Reglamento nº 44/2001, habrá que interpretar el término “materia contractual” en el sentido de una obligación jurídica libremente consentida por las partes y en la que se basa la acción del demandante. Trasladando esto al litigio que nos ocupa, al firmar el avalista en el anverso del pagaré con la mención «por aval», aceptó voluntariamente actuar como garante de las obligaciones del emisor del pagaré.

En relación con el concepto de “lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda”, decir que es sabida la importancia que los ordenamientos jurídicos nacionales otorgan a la voluntad de las partes en materia contractual, permitiendo a éstas designar el lugar de cumplimiento de la obligación, siempre y cuando se respeten los requisitos que la propia ley nacional exige. En suma, el mero acuerdo de las partes por el que designan el lugar de cumplimiento de la obligación es suficiente para fijar en el lugar pactado la competencia judicial de sus órganos jurisdiccionales; no obstante, existe una importante excepción al respecto, y es que las partes no podrán fijar un lugar de cumplimiento de la obligación que no guarde ningún tipo de vínculo efectivo con la propia relación contractual y en cuyo lugar no sea posible el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha relación con arreglo a sus términos.

Para concluir, haré referencia a algunas consideraciones generales:

1 – El art. 15.1 Reglamento 44/2001 deberá interpretarse en el sentido de que una persona física que tiene estrechos vínculos profesionales con una sociedad (veáse su gestión o su participación mayoritaria en ésta), no podrá ser considerada como consumidor en el sentido de dicha disposición cuando avala un pagaré emitido para garantizar las obligaciones asumidas por esta sociedad en virtud de un contrato relativo a la concesión de un crédito.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

A tal sentido y trasladando tal consideración al litigio en concreto, tal disposición no será de aplicación a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional por la que el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

2 - El art. 5.1.a Reglamento nº 44/2001 será aplicable a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional, siempre que haya constancia de la existencia de una obligación contraída libremente por las partes, que se respeten los requisitos que la ley exige para la fijación por las partes contratantes del lugar de cumplimiento de la obligación y la existencia de un vínculo real entre dicho lugar pactado y la propia relación contractual.

A tal sentido y trasladando tal consideración al litigio en concreto, el art. 5.1.a) Reglamento 44/2001 podrá ser aplicable como regla especial de atribución de competencia, puesto que existe obligación libremente contraída por las partes (al firmar el avalista en el anverso del pagaré con la mención «por aval», aceptó voluntariamente actuar como garante de las obligaciones del emisor del pagaré) y el lugar pactado para el cumplimiento de la obligación guarda vínculo con la relación contractual (el lugar pactado es Praga, capital de República Checa, lugar donde nace la relación contractual entre las partes).

“La calificación como consumidor del sujeto que adquiere bienes o servicios para un uso no profesional y, a la vez, para un uso profesional”

David Gallego Ferrero

SUMARIO: I.- CONSUMIDOR. II.- USO PROFESIONAL Y NO PROFESIONAL. 1.- Artículo a interpretar. 2.- Jurisprudencia. III.- CONCLUSIÓN.

I. CONSUMIDOR.

Mi trabajo consiste en analizar la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en relación a la cuestión de si “es posible o no la calificación como consumidor del sujeto que adquiere bienes o servicios para un uso no profesional y, a la vez, para un uso profesional”. Me gustaría ofrecer un concepto general sobre el consumidor antes de analizar esta cuestión.

El art. 51.1 de nuestra Constitución (CE) dice que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El art. 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dice que a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

La sección 4 del Capítulo II del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, trata sobre la competencia en materia de contratos celebrados por consumidores. Me gustaría mencionar el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a esta misma materia, ya que más tarde aportaré jurisprudencia sobre unas cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia.

El término consumidor¹ procede de la ciencia económica, aunque hoy día forma parte también del lenguaje jurídico. Para los economistas, el consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, sean estas mencionadas necesidades personales o familiares.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El consumidor pretender hacerse con el valor de uso de lo adquirido, sin intención alguna de emplearlo o integrarlo en su propia actividad laboral o profesional, es decir, no pretende utilizar directamente lo adquirido para obtener a su vez otros bienes o servicios. En el sentido expresado, pues, el consumidor se limita a participar en la última fase del proceso económico gozando, usando o disfrutando un determinado bien de acuerdo con sus características y su naturaleza, pero sin integrarlo en actividad productiva alguna.

Hasta épocas recientes los intereses de los consumidores no se aislaban o tenían en cuenta en cuanto tales, sino que su protección se confundía con la de los ciudadanos, es decir, con el interés general. Las profundas transformaciones económicas y sociales que han tenido lugar en las últimas décadas del siglo XX han justificado numerosas iniciativas tendentes a preservar la posición del consumidor en el mercado.

II.- USO PROFESIONAL Y NO PROFESIONAL.

1. - Artículo a interpretar.

El art. 15 del actual Reglamento 44/2001 sustituyó al antiguo art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968. Este art. 13.3 decía que en materia de contrato concluido por una persona para un uso que pudiera considerarse como ajeno a su actividad profesional, a partir de entonces denominada “el consumidor”, la presente sección determinaría su competencia para cualquier otro contrato que tuviera por objeto un suministro de servicios o de objetos mobiliarios corporales si: a) la conclusión del contrato hubiera sido precedida , en el Estado del domicilio del consumidor , de una propuesta especialmente hecha o de una publicidad y que b) el consumidor hubiera realizado en este Estado los actos necesarios para la conclusión de este contrato.

2.- Jurisprudencia.

He tenido a mi disposición la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005, del Asunto C-464/01. Esta Sentencia es una resolución a una petición de decisión prejudicial relativa a la interpretación del art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968 anteriormente mencionado.

Resumen del caso

Johann Gruber, agricultor, es propietario de una granja situada en la Alta Austria. Utiliza diez de las habitaciones como vivienda para su familia. Además, la granja se compone de una pocilga para más de 200 cerdos, una gran nave para maquinaria y silos para piensos. La parte de la granja destinada al uso como vivienda familiar es el 60%. Bay Wa, empresa, explota en Alemania distintas empresas. Una de ellas de materiales de construcción.

El Sr. Gruber se enteró mediante unos folletos publicitarios de la existencia de Bay Wa. Se puso en contacto con ellos por teléfono, solicitando información, para

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

cambiar las tejas del techo de su granja. Después de una primera oferta telefónica, Johan Gruber se acercó a la tienda de Bay Wa donde le entregaron un presupuesto por escrito. El día siguiente, nuestro agricultor llamó por teléfono desde Austria para indicar que aceptaba el presupuesto. Bay Wa le envió la confirmación por fax. Finalizada la obra, el Sr. Gruber indicó que las tejas no eran del mismo color, pidiendo que se volvieran a poner, además de devolución de parte del precio y demás gastos.

Después de una serie de Sentencias e impugnaciones, el caso llegó mediante recurso de casación al *Oberster Gerichtshof*, que es el Tribunal Supremo de Austria, la máxima instancia judicial en materia civil y penal. Una de las cuestiones en disputa era la calificación del agricultor como consumidor o como profesional. El Sr. Gruber alegaba que la granja era más para fines privados que para profesionales, y Bay Wa respondía que la granja era ante todo un lugar de trabajo, y que los suministros correspondientes a dicha explotación no podían efectuarse basándose en contratos celebrados por consumidores.

Aquí el *Oberster Gerichtshof* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia distintas cuestiones prejudiciales, sobre la interpretación del art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968.

Cuestión prejudicial

De las cuestiones planteadas tengo que analizar la respuesta del Tribunal de Justicia respecto a si es posible o no la calificación como consumidor del sujeto que adquiere bienes o servicios para un uso no profesional y, a la vez, para un uso profesional.

Primero, se desprende de la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las reglas de competencia del Convenio de Bruselas en materia de contratos celebrados por los consumidores constituyen excepciones al principio de la competencia, por lo que el concepto de consumidor ha de interpretarse de forma restrictiva.

Segundo, la función del régimen particular (art. 13) constituye una excepción que consiste en garantizar una protección adecuada al consumidor en cuanto parte más débil y menos experta del contrato. Por ello se ha deducido que estas disposiciones sólo se refieren al consumidor final privado que no realice actividades mercantiles o profesionales y que no puede extenderse el amparo que proporcionan a personas para las que no está justificada una protección especial.

Tercero, mención a las Conclusiones del Abogado General Sr. FG Jacobs, presentadas el 16 de septiembre de 2004. El Sr. Jacobs indica que en el caso de que estemos ante un “contrato mixto” (uso profesional y no profesional), no puede considerarse que, en relación a un mismo contrato, el cliente se encuentre a la vez en una situación de inferioridad y en una situación de igualdad con respecto al proveedor. Por lo tanto, en la medida en que un contrato se celebre para usos relacionados con la actividad profesional del cliente, debe considerarse que éste se encuentra en igualdad de condiciones con el proveedor.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Cuarto, además de todo esto, el art. 13 en cuestión está redactado en términos claramente restrictivos, utilizando una forma negativa (contratos celebrados para un uso ajeno a la actividad profesional), y ello debe interpretarse de manera estricta por constituir una excepción al principio de competencia.

Quinto, a favor del Sr. Gruber solo estaría que, en el contrato con doble finalidad de que se trata, el uso profesional solamente tuviera un papel insignificante. Tendría que acreditar esta situación, mientras que la otra parte podría aportar la prueba en contrario. En ello, el órgano jurisdiccional nacional debería tener en cuenta no solamente el contenido, la naturaleza y la finalidad del contrato, sino también las circunstancias objetivas que rodearon su celebración.

Sexto y último. Si las circunstancias son suficientes para que el órgano jurisdiccional pueda deducir que el contrato satisfacía en gran medida necesidades relacionadas con la actividad profesional de la persona interesada, en ningún caso podrá aplicarse el art. 13 del Convenio de Bruselas debido a la posición excepcional que dichas disposiciones ocupan en el sistema. Y, en cambio, si las circunstancias objetivas no permiten demostrar de modo suficiente que la operación que dio lugar a la celebración del contrato con doble finalidad persiguió un objetivo profesional que no era insignificante, deberá considerarse que, en principio, dicho contrato fue celebrado por un consumidor.

III.- CONCLUSIÓN.

Una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia específicas establecidas en los arts. 13 a 15 del Convenio de Bruselas de 1968 (actuales arts. 15 a 17 del Reglamento 44/2001), salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional. Además, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto decidir si el contrato de que se trata se celebró para satisfacer, en gran medida, necesidades vinculadas a la actividad profesional de la persona interesada o si, por el contrario, el uso profesional solamente tenía un papel insignificante.

BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14.^a ed., Granada, Comares, 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 5.^a ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2009.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.^a ed., Madrid, Dykinson, 2010.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

“Consumo y contratación electrónica”

Lidia Estévez Oitavén

El contrato de consumo se puede definir, según el artículo 15.1 del Reglamento 44/2001, como todo aquel contrato celebrado por una persona, denominada consumidor, para un uso ajeno a su actividad profesional; la competencia judicial internacional, para tratar cuestiones relativas a dicho tipo de contratos, estará determinada por la Sección 4ª del Capítulo II, sin perjuicio de lo que establecen los artículos 4 y 5.5, cuando se trate de una venta a plazos de mercaderías, de un préstamo a plazos o de cualquier otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de las mercaderías, o también, cuando se trate de cualquier otro contrato de consumo si en él concurre alguna de las siguientes circunstancias: que la otra parte ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del consumidor, o que dirija por cualquier medio sus actividades al estado del consumidor o a varios, y entre ellos esté el Estado del domicilio del consumidor.

Conviene precisar, que según el mismo artículo 15, pero en este caso, en el apartado 3, quedan excluidos de esta consideración de contratos de consumo, los contratos de transporte, salvo que por un precio global, ofrezcan una combinación de viaje y alojamiento.

Teniendo lo anterior en cuenta, se plantean una serie de cuestiones, tanto en el Caso Pammer como en el Caso Heller. En primer lugar, se plantea la pregunta de si un contrato que tiene por objeto un viaje en un carguero, se engloba dentro de los contratos de transporte que por un precio global ofrecen una combinación de viaje y alojamiento del artículo 15.3, o si por el contrario es un simple contrato de transporte, a consecuencia de lo cual, no se le aplicaría lo establecido en la Sección 4ª del Capítulo II del Reglamento 44/2001, en la determinación de la competencia judicial internacional.

Para aclarar esta cuestión, tal y como se establece en el punto 39 de la STJUE de 7 de diciembre de 2010, es necesario atender al artículo 6.4.b) del Reglamento 593/2008, donde se define expresamente el concepto de “viaje combinado” en los términos de la Directiva 90/314. Esta remisión se debe a que, a pesar de que el Reglamento 44/2001 es posterior a dicha Directiva, en él no se engloba la definición del mencionado concepto. Además de ello, y tomando en consideración el punto 41 de la STJUE y el punto 48 de las conclusiones de la Abogado General, dada la proximidad entre los contratos de transporte a los que se hace referencia en los dos reglamentos, se deduce que el Legislador quiso hacer referencia al mismo tipo de contrato.

Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 2.1 de la Directiva 90/314, podemos entender por “viaje combinado”:

«La combinación previa de, por lo menos dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida a la venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

una noche de estancia: transporte, alojamiento, otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado.

La facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exime al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva. »

En consecuencia, dado que el viaje en carguero incluye un alojamiento por un precio global y que el viaje sobrepasa las veinticuatro horas, sí puede considerarse como “viaje combinado” de acuerdo con la definición aportada por la Directiva 90/314, por lo que sí es un contrato de transporte que ofrece una combinación de viaje y alojamiento sobre los que versa el artículo 15.3 del Reglamento 44/2001; lo cual provoca que para determinar la competencia judicial internacional, sí hay que acudir a la Sección 4ª del Capítulo II de este reglamento; esta idea es la que se recoge en el fallo de la STJUE de 7 de diciembre de 2010, así como en el punto 49 de las conclusiones de la Abogado General.

En segundo lugar, se plantea una nueva pregunta, cuestión que se genera en ambos casos, a diferencia de la pregunta anterior, la cual sólo surge en el Caso Pammer. Dicha pregunta hace referencia a cuáles son los criterios para considerar que la actividad de un vendedor, está “dirigida” al Estado miembro del domicilio del consumidor en el sentido del artículo 15.1 del Reglamento 44/2001, el cual ha sido desarrollado con anterioridad.

En un primer momento, se exigían una serie de requisitos tanto al vendedor como al propio consumidor; el vendedor debía haber realizado una oferta en el Estado del domicilio del consumidor o haber dirigido publicidad a dicho Estado, y al consumidor se le exigía haber realizado, en el mismo Estado, los actos necesarios para la celebración del contrato. Esto ha cambiado recientemente, a consecuencia de la Sentencia Imsinger, en la cual el Tribunal de Justicia consideró que los requisitos están recogidos ahora en un sentido más amplio, con la intención de aumentar la protección de los consumidores.

Por lo tanto, ahora, los requisitos que se le exigen al vendedor son, de acuerdo con el artículo 15.1 c), que ejerza sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, a través de cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o grupo de Estados miembros entre los que se encuentre el Estado del domicilio del consumidor, y además, el contrato debe estar comprendido en el marco de las actividades en cuestión, todo ello lo podemos extraer de los puntos 59 y 60 de la STJUE de 7 de diciembre de 2010, y de los puntos 53 a 59 de las conclusiones de la Abogado General.

Una vez determinados los requisitos, es necesario realizar una apreciación, hay que determinar qué es lo que ha de entenderse por “actividad dirigida” a la cual se refiere el artículo 15.1 c) y si existe una voluntad del vendedor de orientar sus actividades a otro u otros Estados miembros. De acuerdo con el punto 66 de la STJUE de 7 de diciembre de 2010, dicha voluntad está implícita en algunos medios de publicidad tradicionales como la radio o la televisión, pero esta manifestación no queda tan clara cuando la difusión se hace a través de Internet, dado que los contenidos que se publican a través de la red tiene un alcance mundial, lo cual implica que se puede acceder a ellos desde todos los Estados, con independencia de que el vendedor tenga la intención de anunciarse en otros Estados distintos al suyo, es decir, en el que está establecido. Por lo que la existencia de una página web no demuestra por sí sola la existencia de voluntad por parte del

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

vendedor, y por lo tanto no es suficiente para la aplicación del artículo 15 del Reglamento 44/2001.

Existen una serie de indicios, enumerados en los puntos 83 y 84 de la sentencia, que permiten verificar o determinar si una actividad está dirigida al Estado miembro del consumidor, dentro de las cuales, se encuentran todas las expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores en los términos del artículo 15, y cuya existencia ha de ser comprobada por el juez nacional. Dichos indicios son:

«Se trata del carácter internacional de la actividad en cuestión –como algunas actividades turísticas–, la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor –por ejemplo «.de»– o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros –como «.com» o «.eu»–, la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes.»

Además de los enumerados en la sentencia, en el punto 80 de las conclusiones de la Abogado General, se añade que es conveniente tener en cuenta la actividad comercial llevada a cabo con anterioridad con consumidores de otros Estados miembros, dado que, ¿qué porcentaje de clientes ha de tener el vendedor en algunos Estados miembros para que pueda definirse que hay una actividad «dirigida»?; frente a ello, la Abogado General concreta que es conveniente atender al caso particular, ya que, si se celebran con asiduidad contratos con consumidores de un determinado Estado miembro, es evidente que la actividad está dirigida hacia ese Estado miembro.

Sin embargo, también existen determinados elementos, que podrían considerarse como indicios pero que no lo son, ya que no permiten apreciar si una actividad está dirigida a otros Estados miembros o no, como por ejemplo la lengua y las divisas utilizadas, pues puede ser que las utilizadas se correspondan con la lengua y la divisa correspondiente del Estado miembro desde el cual el vendedor realiza su actividad. Esta idea no resulta tan evidente cuando se realiza un único contrato con un único consumidor de otro Estado miembro, independientemente de otros criterios, pues no es suficiente como para considerar que hay una actividad «dirigida» hacia ese Estado.

En definitiva, para determinar si puede considerarse que un vendedor que presenta su actividad a través de Internet, está dirigiendo su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, y por consiguiente, para que proceda aplicar el artículo 15 del Reglamento 44/2001, es necesario comprobar si antes de la celebración del contrato con el consumidor en cuestión, puede derivarse de las páginas web y de la actividad global del vendedor se podía desprender que el propio vendedor tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor.

Por último, en las conclusiones de la Abogado General, se contempla la posibilidad de excluir expresamente de la actividad «dirigida» a determinados Estados miembros, es decir, indicar de forma expresa en su página web la intención de no dirigir su actividad a determinados Estados miembros o de dirigirla sólo a determinados Estados miembros. La Abogado manifiesta que si se permite al vendedor excluir de su actividad a algunos Estados miembros siempre y cuando se configure el contenido de su página web de

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

acuerdo a un modo establecido, no debería de haber problema en que se permita al vendedor excluir que dirige su actividad a una serie de Estados miembros concretos; esta cuestión no se aborda ni en el Caso Pammer ni tampoco en el Caso Heller.

“Consumo y contratación por correo ordinario”

Pablo Barrueco Ramos

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN II.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL III.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES. a) Argumentación b) Conclusión.

I.- INTRODUCCIÓN

En los estados miembros de la Unión Europea desde 1 de marzo de 2002 excepto Dinamarca, y desde el 1 de julio de 2007 también en esta, la competencia judicial internacional, es decir, la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales de un estado para conocer las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales; en el caso de contratos celebrados por los consumidores, viene regulada para todos ellos (siempre que se den el resto de ámbitos de aplicación temporal, espacial y personal) por un único instrumento: el reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Durante la aplicación de este instrumento en los litigios internacionales por los estados miembros, surge un problema de interpretación del reglamento sobre si la competencia judicial para conocer de la demanda de un consumidor en la que se solicita el pago de un premio que aparentemente le ha prometido una empresa, se determina en virtud de las disposiciones que dicho reglamento reserva para los contratos con consumidores.

El tribunal de justicia ya se pronunció anteriormente sobre asuntos similares, pero en el marco de la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968, que precede al reglamento 44/2001, no habiéndose pronunciado nunca sobre esta cuestión en relación a la interpretación del reglamento. Por lo tanto, además de la cuestión principal, se plantea de fondo si existe continuidad interpretativa sobre este asunto.

II.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS DEL LITIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

El litigio principal versa sobre una ciudadana austriaca, la Sra. Ilsinger, receptora a su nombre y en su domicilio de un sobre donde había una comunicación que hacía pensar que había ganado un premio de 20.000€. Esta, remitió el certificado de reclamación del premio a la empresa ofertante, afirmando haber realizado un pedido de

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

prueba que la empresa niega. Este premio estaba supeditado a ningún pedido de ese tipo según constaba.

Al no haber obtenido el premio solicitado, la Sra. Ilsiger planteo ante el lugar de su domicilio una demanda contra dicha sociedad proponiendo la empresa una excepción de incompetencia alegando que los artículos que establecen un régimen especial para los contratos de los consumidores en el reglamento 44/2001 presuponen la existencia de contratos onerosos, cosa que según la demanda no se da. Tras rechazar la excepción y fallar desestimando la demanda, apelaron ambas partes, a lo cual el órgano jurisdiccional competente para conocer el recurso suspendió el procedimiento y planteó dos cuestiones prejudiciales:

a) El derecho a poder reclamar judicialmente a las empresas el premio aparentemente obtenido cuando estas envían a un consumidor determinado promesas de atribución de un premio ¿constituye, con arreglo al reglamento 44/2001 un derecho en materia de contratos o asimilado en el sentido del artículo 15.1.c)?

b) ¿Existe un derecho en el sentido del artículo 15.1.c) del reglamento en el caso de que, aun cuando el derecho a reclamar el premio no dependa de la realización de un pedido de productos, el destinatario de la comunicación hubiera realizado tal pedido?

III.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

a) Argumentación

De entrada, el tribunal a la hora de analizar y resolver las dos cuestiones que examina conjuntamente, recuerda que la interpretación que ha hecho el tribunal de justicia de las disposiciones del Convenio de Bruselas será de aplicación a las del Reglamento, cuando las disposiciones de éste y las del Convenio se puedan considerar idénticas.

El tribunal ya se ha pronunciado anteriormente respecto a la existencia de una promesa bajo el Convenio de Bruselas, por una parte la sentencia “Gabriel” donde la promesa estaba indisociablemente unida al pedido de mercancías y por tanto a la celebración de un contrato oneroso, lo cual la acción judicial para cobrar el premio debe ejercitarse ante el mismo órgano competente que para conocer el contrato celebrado por el consumidor. Por otro lado, en la sentencia Engler, el consumidor reclamaba una promesa no supeditada a realizarse un pedido de mercancías y este no había realizado ningún pedido, por lo que la promesa engañosa no fue seguida de la celebración de un contrato entre el consumidor y la empresa tal como exige el artículo 13.1 del Convenio de Bruselas, por lo que no sería de aplicación.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Así, aunque la redacción del artículo 13.1 del Convenio donde se regulaba la competencia respecto a contratos con consumidores tiene una redacción diferente al art.15.1.c) del reglamento, ya que este último tiene una redacción más amplia y general, no deja de ser necesario que exista un contrato entre el consumidor y una persona que ejerza actividades comerciales o profesionales aunque no se limite a obligaciones sinalagmáticas, y además ocupando el artículo el mismo lugar y la misma función de protección de la parte más débil del contrato.

De esta manera, cabe que el consumidor se limite a manifestar su aceptación sin asumir ninguna obligación frente al ofertante (como comenté en el párrafo anterior la redacción amplia del art.15.1.c) ya no se limita a obligaciones sinalagmáticas) pero para que exista un vínculo de naturaleza contractual tal como exige el artículo es necesario que el empresario u ofertante se obligue jurídicamente a través de una oferta en firme, suficientemente clara e inequívoca respecto al objeto y contenido. Es decir, cuando la empresa haya expresado claramente su voluntad de obligarse, en caso de aceptación por el consumidor, a pagar el premio prometido. Si no es así, la práctica comercial no carecería de naturaleza contractual y no podría incluirse dentro de lo tipificado en el art.15 del reglamento.

El Tribunal de justicia determina teniendo en cuenta todo ello y a falta de diferencias relevantes entre las redacciones del art.13 del Convenio de Bruselas y el art.15 del Reglamento, que la jurisprudencia establecida en las sentencias Gabriel y Engler debe aplicarse para resolver el caso del litigio principal, garantizándose la continuidad interpretativa.

b) Conclusión

El tribunal resuelve las cuestiones planteadas dictaminando que en una situación donde un consumidor solicita que se condene a una empresa de venta por correspondencia con sede en otro estado contratante al pago de un premio aparentemente obtenido por él para incitar a contratar y sin que la atribución del premio se supeditara a un pedido de productos, la acción judicial sólo podrá ser comprendida dentro del ámbito de aplicación del art.15.1.c) si el vendedor se obligó jurídicamente, es decir, si existe la expresa voluntad de pagar el premio prometido tal como comento en el penúltimo párrafo del apartado anterior; de tal manera que si no se cumpliera este requisito, la acción judicial solo podría ejercitarse bajo el ámbito de aplicación de ese artículo mencionado si el consumidor ha hecho efectivamente un pedido al vendedor profesional.

Así, el órgano que conoce el asunto deberá estudiar si bien el empresario tenía verdadera voluntad de obligarse jurídicamente o bien el consumidor realizó un pedido junto con la reclamación del premio a la empresa para poder aplicar las reglas de competencia especial relativas a consumidores que la sección 4 del reglamento establece.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

“Consumo y contratación de servicios turísticos (viajes combinados)”

Gonzalo Alonso Cabezas

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- JURISPRUDENCIA DEL TJUE: ASUNTOS PAMMER Y HOTEL ALPENHOF: 1.- Viajes combinados. 2.- “Actividades dirigidas” en el art. 15.1 c) del Reglamento 44/2001.

I.- INTRODUCCIÓN

La regulación de la contratación con consumidores siempre tuvo una importancia capital en la paulatina construcción del mercado común europeo. Al igual que ocurre en materia de contratos de trabajo y en materia de seguros, el objetivo es la especial protección de la parte débil en la operación, el consumidor, que está en desventaja frente a su cocontratante por razones como la proliferación de los contratos de adhesión, la asimetría en la información disponible o el empleo de cláusulas abusivas. Esta especial protección ha cristalizado en la Unión Europea en la promulgación de numerosas disposiciones normativas que, dentro del Derecho Internacional Privado, determinan ante un litigio la operatividad de un específico régimen de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de decisiones, que funciona como excepción al régimen general. Para interpretar y perfilar la letra de sus artículos y por tanto saber cuáles son los casos que quedan dentro de este específico amparo y cuáles no, son de inestimable ayuda los pronunciamientos que localizamos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

A efectos de la competencia judicial internacional, es de interés sacar a colación el asunto C-585/08, que enfrentó a Peter Pammer y a Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG, y el asunto C-144/09, cuyas partes fueron el Hotel Alpenhof GesmbH y Oliver Heller. Son sendas cuestiones prejudiciales presentadas por el Oberster Gerichtshof austriaco, que el TJUE decidió acumular para finalmente resolverlas conjuntamente en Sentencia de 7 de diciembre de 2010.

II.- JURISPRUDENCIA DEL TJUE: ASUNTOS PAMMER Y HOTEL ALPENHOF

En el asunto Pammer, un ciudadano austriaco contrata con una empresa alemana un viaje en carguero que saldría de Italia en dirección a Extremo Oriente. La reserva se hizo a través de la página web de una sociedad intermediaria también con domicilio en Alemania. Cuando el señor Pammer estaba dispuesto para el embarque, pudo comprobar que las condiciones del buque no se ajustaban a las que del mismo se anunciaban en la página web, por lo que solicitó la devolución del dinero. Puesto que solamente se le practicó un reembolso parcial, el señor Pammer interpuso una demanda contra la empresa organizadora ante los tribunales austriacos. La parte demandada siempre alegó la excepción de incompetencia de estos tribunales por no estar ante un contrato de consumo, por lo que la última instancia planteó cuestión prejudicial ante el TJUE en un doble sentido: si puede un viaje en carguero considerarse un viaje combinado a efectos del art. 15.3 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y si, en este caso, basta con la mera accesibilidad de la página web a través de Internet para considerar que se cumple el criterio de la actividad “dirigida” en el sentido del art. 15.1 c) del Reglamento 44/2001.

En el segundo caso, el asunto Hotel Alpenhof, nos encontramos ante un ciudadano alemán que, tras consultar la página web de un hotel austriaco, decide reservar varias habitaciones a través de una dirección de correo electrónico facilitada a tal efecto. Puesto que la estancia no fue de su agrado, decide marcharse sin pagar la factura, ante lo cual el Hotel Alpenhof reacciona interponiendo demanda ante un tribunal austriaco. El ciudadano alemán, el señor Heller, plantea excepción por incompetencia de los tribunales austriacos, al tratarse de un consumidor a efectos del art. 15.1 c) del Reglamento 44/2001, lo cual haría competentes únicamente a los tribunales de su domicilio, Alemania. La última instancia austriaca plantea pues cuestión prejudicial en el mismo sentido que la segunda petición elevada en el asunto anterior, es decir, si basta la mera accesibilidad a la página web del cocontratante para que determinar que éste ha dirigido su actividad al Estado de que se trate.

Si se determina que estamos ante sendos contratos de consumo, entrarán en juego las reglas estipuladas en la sección 4ª del Capítulo II del Reglamento 44/2001 (arts. 15, 16 y 17), desplazando pues al foro general del domicilio del demandado (art. 2) y al foro de competencia en materia de contratos (art. 5.1).

1.- Viajes combinados.

Veamos cómo resuelve el TJUE la cuestión de los viajes combinados. El apartado 3 del art. 15 del Reglamento 44/2001 explicita que el régimen de competencia de los contratos de consumo no se aplicará a los contratos de transporte, salvo los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento. Surge pues la duda de si esta combinación puede constituir un “viaje combinado” a efectos del art. 2.1 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, ya que el art. 15 en ningún momento hace una referencia expresa a este instrumento, pese a que el Reglamento 44/2001 es posterior. La Abogada General, en el punto 46 de sus Conclusiones, se remite a la exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en la cual la Comisión sí establece esta relación directa entre el art. 15.3 y la Directiva 90/314.

Pero en el texto final del Reglamento 44/2001 no encontramos esta apreciación. Es momento de sacar a colación el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En su art. 6.4 b) se remite expresamente a la interpretación del concepto de viaje combinado en el sentido de la Directiva 90/314. La aproximación interpretativa entre el art. 15.3 del Reglamento 44/2001 y el art. 6.4 b) del Reglamento 593/2008 puede deducirse del Considerando 7 de este último, que apela a la aplicación coherente de las disposiciones de ambos instrumentos.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Así las cosas, un contrato que, por un precio global, ofrece una combinación de transporte y alojamiento se interpretará conforme al art. 2.1 de la Directiva 90/314, estando ante un viaje combinado si: por un lado, la combinación de servicios turísticos vendidos por una agencia de viajes a un precio global comprenda dos de los tres servicios contemplados en la misma disposición (el transporte, el alojamiento y los demás servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado) y, por otro, que dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia.

2.- “Actividades dirigidas” en el art. 15.1 c) del Reglamento 44/2001.

En segundo lugar, toca comprobar cómo interpreta el TJUE la exigencia de actividad “dirigida” al Estado miembro del domicilio del consumidor como aparece en el art. 15.1 c) del Reglamento 44/2001, siempre que dicho consumidor sea pasivo. El concepto de “actividad dirigida”, o *stream-of-commerce*, no se define en el Reglamento 44/2001, por lo que, como se dice en el párrafo 55 de la sentencia, debe interpretarse “de forma autónoma, haciendo referencia, principalmente, al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, con el fin de garantizar su plena eficacia”. Debe pues determinarse si para que una actividad se considere dirigida a un Estado miembro es necesaria la voluntad del vendedor o se trata sin embargo de una situación de facto. El TJUE se inclina por la tesis de la focalización y, por tanto, por requerir esta voluntariedad, que muchas veces se encuentra implícita, por lo que tocará enjuiciar para presumirla si en el caso que nos ocupe concurren una serie de indicios objetivos.

La realidad que el tribunal toma en consideración es la publicidad que hace el vendedor de su oferta. Si pensamos en las formas tradicionales de publicidad, como el empleo de la prensa o la televisión, presumir la voluntariedad del vendedor de hacer llegar información de sus productos o servicios a otros Estados miembros distintos del suyo es una tarea sencilla, por lo que el concepto de actividad dirigida aquí no parece presentar problemas. Más controvertida se muestra la cuestión de la voluntad del vendedor en la publicidad a través de Internet, pues ésta es accesible en todo el mundo. En principio, el único dato del que podemos partir es el de que, ya que la protección del consumidor no puede erigirse en un valor absoluto, la mera accesibilidad de una página web no puede constituir el criterio de aplicación del art. 15.1 c) del Reglamento 44/2001 puesto que, como expone la Abogada General en el punto 64 de sus Conclusiones, si así se quisiera dicho artículo se referiría a la mera existencia de la página web, no a que la actividad deba estar dirigida a un Estado. En la legislación positiva sí que existe un pronunciamiento en este sentido, y es la Declaración conjunta emitida por el Consejo y la Comisión al adoptar el Reglamento 44/2001, reproducida en el Considerando 24 del Reglamento 593/2008, en la cual también se descarta como criterio la mera accesibilidad.

Así las cosas, antes de la celebración del contrato entre el vendedor y el consumidor, debe probarse que existían indicios de la voluntad del primero de establecer relaciones comerciales con los consumidores del Estado miembro del segundo, entre otros. Entre estos indicios no se consideran los datos de contacto que aparecen en la web del vendedor, como puede ser una dirección de correo electrónico o

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

un número de teléfono sin prefijo internacional, pues son elementos que suponen, según Calvo Caravaca y Carrascosa González³¹, la mera “vocación de comerciar”, pero sin implicar la dirección de sus actividades a destinatarios concretos. Además se trata de datos a menudo obligatorios si atendemos al art. 5.1 c) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Por otra parte, en lo que atañe a la lengua o a la divisa utilizada, la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión ya mencionada y reproducida en el vigésimo cuarto considerando del Reglamento 593/2008, determina que éstas no se erigen en elementos significativos para apreciar si una actividad está dirigida a otro u otros Estados miembros. En efecto, así ocurre cuando se referencian las lenguas empleadas habitualmente en el Estado miembro a partir del cual ejerce su actividad el vendedor y con la divisa de ese Estado miembro. En cambio, si la página web permite a los consumidores utilizar otra lengua u otra divisa distintas para reservar o confirmar dicha reserva, la lengua y/o la divisa pueden tomarse en consideración y constituir un indicio que autoriza a considerar que la actividad del vendedor está dirigida a otros Estados miembros. En este sentido, Calvo Caravaca y Carrascosa González³² indican que el empleo del inglés “es un fuerte indicio de que existe la voluntad de conquistar el mercado mundial”, vista su enorme difusión.

Sí que constituyen indicios claros, evidentemente, las manifiestas expresiones de la voluntad de querer atraer a los consumidores de concretos Estados miembros. Pero aparte de hechos tan patentes, también puede deducirse una voluntad a partir de la concurrencia y combinación de elementos de la página web que presentan un carácter más indirecto, además de lo que atañe al idioma o la divisa. Entre ellos, el TJUE destaca, sin carácter exhaustivo: el propio carácter internacional de la actividad objeto de comercio, como puede ser el turismo intracomunitario; la aparición en la página web de un número de teléfono con prefijo internacional; el empleo de un nombre de dominio de primer nivel (*top-level domain*) distinto al del Estado en que está domiciliado el vendedor, o de un nombre de dominio neutro (como “.com” o “.eu”); la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio; la muestra de testimonios u opiniones de clientela internacional; los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet, prestado por motores de búsqueda, con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros. Calvo Caravaca y Carrascosa González³³ añaden a esta lista el hecho de que los precios ofrecidos incluyan gastos de transporte desde ciertos países (*Shipping And Handling*). Y la Abogada General, en el punto 78 de sus Conclusiones, se refiere también a la posibilidad de que, al indicar su dirección para la celebración del contrato, el consumidor elija entre varios Estados miembros, entre ellos aquél en el que tiene su domicilio.

En definitiva, será tarea del juez nacional valorar de manera global la combinación de estos y otros indicios objetivos en cada caso concreto para determinar si la actividad del vendedor está dirigida o no al Estado miembro del consumidor en cuestión.

³¹ CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, 14ª ed., Granada, Comares, 2013, p. 910.

³² CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Op. Cit* en nota 1, p. 911.

³³ CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Ídem*, p. 911.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

BIBLIOGRAFÍA:

- CALVO CARAVACA A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, 14ª ed., Granada, Comares, 2013.
- CASTELLANOS RUIZ, E., “El concepto de actividad profesional «dirigida» al estado miembro del consumidor: *stream-of-commerce*”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 4, Nº 2, octubre 2012.
- FELIU ÁLVAREZ, S., “El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho Internacional Privado”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 4, Nº 2, octubre 2012.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario. Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, Estudios sobre Consumo, Nº 79, 2006.

E.- Los foros especiales en material de obligaciones extracontractuales

“El concepto de «lugar de producción del hecho dañoso»”

Mariavittoria Amitrano Veniero, Carolina Fernández Villar, Adrián García del Castillo y Dorinda Petrilli

SUMARIO: 1.- Marco Jurídico. 2.- ¿Cómo se concreta el foro del "lugar de producción del hecho dañoso" previsto en el art. 5.3 Reglamento 44/2001? 3.- Concreción del lugar de producción del hecho dañoso en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1.- Marco Jurídico

El Reglamento 44/2001 prevé un conjunto de reglas de competencia judicial, así como de reconocimiento de resoluciones, para unificar los criterios de determinación de foros en asuntos civiles y mercantiles. Los objetivos del Reglamento quedan recogidos en sus considerandos, donde cabe destacar, a efecto de nuestra propuesta de trabajo, el considerando número 11: Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las reglas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción.

El artículo 5, número 3, incluido en el capítulo II, sección 2, titulada «Competencias especiales», tiene el siguiente tenor:

«Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

[...]

3. En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso.»

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Según reiterada jurisprudencia, la regla de competencia especial establecida, como excepción al principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, en el artículo 5, número 3, del Reglamento se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso (véase la sentencia Zuid-Chemie, antes citada, apartado 24 y jurisprudencia citada).

Debe recordarse que la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» se refiere al mismo tiempo al lugar del hecho causal y al lugar donde se ha producido el daño. Esos dos lugares pueden constituir una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial, dado que cada uno de ellos puede, según las circunstancias, proporcionar una indicación particularmente útil desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso (sentencia de 7 de marzo de 1995, Shevill y otros, C-68/93, Rec. p. I-415, apartados 20 y 21).

El TJUE ha indicado que el art. 5.3 debe interpretarse de forma restrictiva en el sentido de que no puede ser aplicado analógicamente. Únicamente puede ser aplicado a los supuestos que se prevean en el precepto. Los principales problemas para determinar el alcance del precepto surgen al interpretar los conceptos de materia delictual o cuasi delictual y también el de lugar en el que se hubiere o pudiese producirse el hecho dañoso.

- Materia delictual o cuasi delictual: se incluye en este concepto todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad del demandado y que no están relacionadas con la materia contractual, entendiendo por ésta, aquellas situaciones en las que existe un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra.

Así se ha planteado un problema de determinar cuáles son las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad del demandado que constituye materia delictual o cuasi delictual y respecto a esto, el TJUE ha ido interpretando caso por caso. Por ejemplo: se ha excluido la acción pauliana con la que se pretende que desaparezcan los efectos de un acto de disposición que realiza el deudor.

También se plantea el problema de determinar cuáles son las demandas que no tienen relación con la materia contractual. A esto el TJUE considera que una demanda fundamentada en un contrato no justifica acudir al foro en materia de contratos para otras demandas relacionadas con la primera, pero que tienen un fundamento delictual. Así en un caso concreto establece que si se entabla una acción por parte de un sub accidente de un producto contra el fabricante del mismo no sería una acción en materia contractual.

Supuestos de responsabilidad que conforme a derecho material podrían ser calificados como materia contractual o delictual, para poder aplicar el art. 5.3 se requiere distinguir entre lo que es contractual y lo que es delictual, así si el litigio tiene su fundamento en un compromiso libremente adquirido se acude al foro previsto en el art. 5.1, pero si tal compromiso no existe y la acción o demanda se dirige a exigir la responsabilidad del demandado, se tiene que acudir al foro del art. 5.3.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

2.- ¿Cómo se concreta el foro del "lugar de producción del hecho dañoso" previsto en el art. 5.3 Reglamento 44/2001?

En algunas ocasiones el hecho generador del daño se produce en un Estado y el daño en sí mismo se produce en otro distinto. Se trata de la hipótesis de los denominados “delitos a distancia o complejos” que se complican cuando los daños se producen en ambos Estados. En este punto, fue famosa una STJUE de 30 de noviembre de 1976 que dio lugar a esta interpretación: MINAS DE POTASIA DE ALSACIA. Vertidos tóxicos que se produjeron en el Rin y contaminaron las explotaciones agrícolas de algunos agricultores de Países Bajos, y estos quisieron demandar a las Minas e interpusieron las demandas ante los tribunales holandeses y estos dijeron que no eran competentes, dando lugar a que se solicitara ante el TJUE la interpretación de este precepto y por ello dijo que esta expresión de lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso se ha de entender en que alude a la vez en el lugar de donde sobreviene el daño y el lugar del hecho causal, debiéndosele permitir al demandante acudir a cualquiera de los tribunales de los dos Estados.

Estos son “*Ilícitos a distancia que dan lugar a daño en varios países*” en la práctica nos encontramos con tres hipótesis:

- El hecho ilícito causa un daño a la víctima directa y daños ulteriores a otros sujetos que serían víctimas indirectas. En este caso, las víctimas indirectas no pueden plantear la demanda ante el tribunal del Estado en que se manifestó el daño sufrido por ellas. *Por ejemplo: empresa que desecha un vertido toxico y afecta a unos ganaderos y no pueden hacer frente a unos créditos que habían realizado con bancos de otro Estado (víctimas indirectas). Estos bancos no pueden demandar a la empresa contaminante en virtud del art. 5.3 en su Estado, sino que tiene que ser ante los tribunales del Estado donde se produjo el hecho dañoso. El objetivo del art. 5,3 no es proteger a la víctima, sino que se busca una correcta administración de Justicia para conocer del hecho litigioso y del tribunal que lo resuelve.*

- El hecho ilícito causa un daño inicial a una víctima directa en un lugar determinado, teniendo después repercusiones físicas o patrimoniales sobre esa victima en otros lugares. En estos casos el art. 5.3 no se puede interpretar de modo extensivo para que englobe cualquier lugar en el que se puedan experimentar las consecuencias perjudiciales que derivan del hecho dañoso y se interpone ante el tribunal del lugar donde se produjo el hecho causal del daño. *Por ejemplo: vertido toxico en rio del Estado X y un individuo se baña, regresa al Estado Y donde él reside y pasado un tiempo se siente mal debido al baño. Tiene que demandar en el Estado X.*

- El mismo hecho ilícito causa daños a la misma víctima en lugares diversos. Es el caso de intromisiones ilícitas en la vida privada de una persona. *Por ejemplo: revista donde el lector tiene su establecimiento en Francia y publica un artículo difamatorio contra individuo domiciliado en Alemania. La publicación se dio en España, Alemania, Francia y Portugal. Conforme al art. 2 Reg. 44/2001 puede interponer la demanda ante tribunales franceses donde está domiciliado el demandado, pudiendo pedir la totalidad de la responsabilidad, pero en virtud del art. 5.3 puede demandar en España, Alemania, Francia y Portugal, pero en virtud de los daños que haya sufrido en cada*

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

uno de los Estados. Esta última hipótesis en STJUE 7 de marzo de 1995 CASO FIONA, el TJUE sostuvo que en estos casos el lugar del hecho causal coincide con el lugar del establecimiento del lector, pero el foro coincide con el del domicilio del demandado, dejando vacío de contenido el art. 5.3. por ello, el TJUE consideró atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales de cada uno de los países donde se había publicado esa publicación respecto del daño que se hubiera producido en ellos.

Otra sentencia relevante sobre esta cuestión es Fiona Shevill: SENTENCIA DE 7.3.1995 — ASUNTO C-68/93 SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 7 de marzo de 1995:

Concretamente, esta sentencia es uno de los primeros ejemplos de delimitación del foro establecido en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001. En ella:

En cuanto a la aplicación de los dos criterios de conexión de acciones dirigidas a reparar el daño inmaterial supuestamente causado por una publicación difamatoria, el Tribunal de Justicia consideró que, en caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados contratantes, la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar del establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en que la publicación haya sido difundida y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido.

A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó igualmente que, si bien es cierto que la limitación de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado de difusión únicamente a los daños causados en el Estado del foro presenta inconvenientes, no obstante, el demandante siempre puede plantear todas sus pretensiones bien ante el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado, bien ante el del lugar del establecimiento del editor de la publicación difamatoria (sentencia Fiona Shevill, apartado 32).

Como recuerda el Abogado General en unas de sus conclusiones, esas consideraciones pueden aplicarse asimismo a otros medios y soportes de comunicación y cubrir una amplia gama de violaciones de los derechos de la personalidad conocidas por los diferentes sistemas jurídicos, como las alegadas por los demandantes en el litigio principal.

Por tanto, en vez de una acción basada en la responsabilidad por la totalidad del daño, el criterio del lugar donde se ha producido éste, consagrado en la sentencia Shevill y otros, otorga competencia a los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en cuyo territorio un contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes para conocer únicamente del daño causado en el territorio del Estado miembro de la jurisdicción a la que se haya acudido.

3.- Concreción del lugar del hecho dañoso en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE 25 octubre 2011 (As. C-509/09 y C-161/10) eDate / Olivier Martínez

Esta sentencia del TJUE se pronuncia sobre diversas cuestiones prejudiciales. Sobre lo que a nosotros nos interesa: el cómo se concreta el foro del "lugar de producción del hecho dañoso" previsto en el art. 5.3 Reglamento 44/2001; esta resolución dice cómo debe interpretarse la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», utilizada en el artículo 5, número 3, del Reglamento, en el caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante los contenidos publicados en un sitio de Internet.

La publicación de contenidos en un sitio de Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso en que aquélla persigue, en principio, la ubicuidad de los citados contenidos. Éstos pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo, con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia y fuera de su control. Por lo tanto, parece que Internet reduce la utilidad del criterio relativo a la difusión, en la medida en que el alcance de la difusión de contenidos publicados en ella es, en principio, universal. Además, no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro.

Así, procede adaptar los criterios de conexión propuestos en la sentencia Fiona Shevill, ya comentada en este trabajo, en el sentido de que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet puede acudir, en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño. Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de la justicia.

Pero... ¿A qué nos referimos cuando hablamos del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses?

Por lo general, el lugar en el que una persona tiene su centro de intereses corresponde a su residencia habitual. Sin embargo, una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro.

La competencia del órgano jurisdiccional del lugar en el que la presunta víctima tiene su centro de intereses es conforme con el objetivo de la previsibilidad de las normas de competencia (véase la sentencia de 12 de mayo de 2011, BVG, C-144/10, Rec. p. I-0000, apartado 33) también con respecto al demandado, dado que el emisor de

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

un contenido lesivo puede, en el momento de la publicación en Internet de ese contenido, conocer los centros de intereses de las personas que son objeto de éste.

Por lo tanto, procede considerar que el criterio del centro de intereses permite, al mismo tiempo, al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado (véase la sentencia de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, C-533/07, Rec. p. I-3327, apartado 22 y jurisprudencia citada).

Precisión esta última necesaria ya que el undécimo considerando del Reglamento enuncia: «Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las reglas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción.»

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) termina fallando lo siguiente:

El artículo 5, número 3, del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido.

STJUE 25 octubre 2012 (As. C-133/11) Folen Fischer

Se trata de un litigio entre Folien Fischer AG y Fofitec AG, con domicilio social en Suiza, por una parte, y Ritrama SpA, con domicilio social en Italia, por otra parte, en lo relativo a la demanda de aquéllas tendente a obtener una declaración negativa de que no existía responsabilidad delictual en materia de competencia.

Folien Fischer, se dedica al desarrollo, fabricación y venta de productos de papel plastificado y láminas plásticas. Comercializa, particularmente en Alemania.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Fofitec, que pertenece al grupo de empresas de Folien Fischer, es titular de patentes que protegen determinados formularios para la transmisión de un escrito junto con un carné de miembro o similar, así como el material de soporte para esos formularios de tarjetas.

Ritrama, produce y comercializa láminas y plásticos refinados de distintos tipos. Ésta denunció la política de distribución de Folien Fischer y su negativa a otorgar licencias sobre las patentes, como contrarias al Derecho de la competencia.

A lo que nos interesa, tras poner el caso en conocimiento de los tribunales alemanes, lega al TJUE la cuestión de si la competencia judicial prevista en el artículo 5.3 del Reglamento nº 44/2001 también está fundada cuando el autor potencial del daño ejercita una acción declarativa negativa.

Conociendo este recurso de casación interpuesto por Folien Fischer y Fofitec, el tribunal alemán se plantea si la competencia judicial prevista en el artículo 5.3 del Reglamento nº 44/2001 también está fundada cuando el autor potencial del daño ejercita una acción declarativa negativa, mediante la cual pretende que se declare que a los potenciales perjudicados no les corresponde ningún derecho derivado de un posible acto ilícito. En estas circunstancias, el tribunal alemán decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente: «¿Debe interpretarse el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 [...] en el sentido de que la competencia judicial en materia delictual también comprende una acción declarativa negativa mediante la cual el potencial autor del daño pretende que se declare que al potencial perjudicado en un determinado contexto no le corresponde ninguna acción derivada del acto ilícito (infracción del Derecho de la competencia)?»

Ritrama cuestiona la necesidad y competencia de los tribunales para plantear esta cuestión prejudicial. Sin embargo, la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando es evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. En este caso, el tribunal remitente expuso con claridad las razones por las que planteaba la cuestión prejudicial.

En estas circunstancias, debe considerarse que procede admitir la petición de decisión prejudicial. Mediante la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 5. 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que en el ámbito de aplicación de dicha disposición se incluye una acción declarativa negativa que tiene por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual.

En primer lugar, las disposiciones del Reglamento nº 44/2001 deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose a su sistema y a sus objetivos.

En segundo lugar, p el Reglamento nº 44/2001 persigue un objetivo de seguridad jurídica consistente en reforzar la protección jurídica de las personas que tienen su

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

domicilio en la Unión Europea, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado.

Así se pronuncia el TJUE sobre que el ámbito de aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001:

Atendiendo a la literalidad del artículo 5.3, del Reglamento nº 44/2001, la regla especial para determinar la competencia de esta disposición está prevista, con carácter general, «en materia delictual o cuasidelictual». Así pues, tal formulación no permite excluir *ipso facto* del ámbito de aplicación de dicha disposición a una acción declarativa negativa.

Según la jurisprudencia, la regla de competencia especial establecida como excepción a la competencia de los tribunales del domicilio del demandado, en el artículo 5.3, del Reglamento nº 44/2001 se basa en la existencia de una conexión estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso.

El abogado en sus conclusiones señala que, en la acción declarativa negativa hay una inversión de los papeles tradicionales en materia delictual, puesto que el demandante es el deudor potencial de un derecho de crédito derivado de un acto ilícito mientras que el demandado es la presunta víctima de dicho acto ilícito. Pero tal inversión de los papeles no es suficiente para excluir a una acción declarativa negativa del ámbito de aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001.

Por lo tanto, si los elementos relacionados con la acción declarativa negativa pueden justificar la conexión con el Estado en el que, o bien ha sobrevenido el hecho causal o bien se ha producido o puede producirse el daño, el tribunal de uno u otro de esos dos lugares podrá declarar válidamente su competencia para conocer de la mencionada acción en virtud del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001. En cambio, aquel tribunal que no pueda identificar en el Estado del foro ninguno de los dos puntos de conexión mencionados no podrá declararse competente.

Respecto a la cuestión planteada, el artículo 5.3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una acción declarativa negativa que tenga por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual o cuasidelictual está incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición.

Mientras, las conclusiones del abogado, nos plantean algunas particularidades en la interpretación de este artículo 5.3:

-Interpretación literal

Se deduce por tanto que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro únicamente podrá ser competente en virtud del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 si la acción de la que conoce tiene por objeto «exigir la responsabilidad delictual o cuasidelictual del demandado» con el fin de obligarle a que ponga fin a un acto que

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

puede generar daños o a repararlos en caso de que estos ya se hubieran producido. Ahora bien, en el marco de una acción declarativa negativa, no es el demandado quien está acusado de cometer un acto dañoso cuya responsabilidad se pretende declarar, sino el demandante quien pretende establecer lo contrario. En este sentido, el Gobierno alemán ha señalado acertadamente, aunque no comparto la conclusión que extrae puesto que en este caso el demandante es el deudor potencial de un crédito derivado de una actuación delictual mientras que el demandado es la posible víctima de dicho acto.

Así, la acción declarativa negativa no tiene por objeto que se establezca y declare la responsabilidad del demandado, como en la jurisprudencia anteriormente mencionada, sino todo lo contrario, excluir la responsabilidad del demandante. Concretamente, Folien Fischer y Fofitec no cuestionan la existencia de actos que pueden constituir un hecho causante de posibles perjuicios, sino que afirman que no puede declararse su responsabilidad, al no ser dichos actos ilícitos.

El Tribunal de Justicia ha establecido, con respecto a la aplicación del artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas y por tanto igualmente a la norma de competencia similar del Reglamento nº 44/2001, que una acción extracontractual no está comprendida en el campo de aplicación de esta disposición cuando no persigue la reparación de un perjuicio en el sentido de esta norma, incluso aunque dicha acción se base en una conducta supuestamente culpable. Por consiguiente, la interpretación literal del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 no permite sostener la idea de que esta disposición pueda aplicarse a las acciones declarativas negativas.

-Interpretación Teleológica

El artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 constituye una excepción con respecto a la norma de competencia general establecida en el artículo 2, apartado 1, que tiene por objeto proteger a la parte que sufre la acción ejercitada por el demandante. Por tanto, su interpretación debe depender de una concepción estricta, incluso restrictiva.

La norma de competencia especial enunciada en el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 tiene por finalidad tener en cuenta «la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional al que puede atribuirse la competencia por razones de buena administración de la justicia y de sustanciación adecuada del proceso». Dicha disposición ofrece una opción al demandante, al permitirle, a título excepcional, que recurra a un órgano jurisdiccional situado en un Estado diferente al del domicilio del demandado, a causa del estrecho vínculo existente entre dicho órgano jurisdiccional y la naturaleza del litigio. De este modo, para aplicar esta excepción al foro del domicilio del demandado, es fundamental que concurra, un criterio de proximidad requerido de manera reforzada en este supuesto, puesto que debe existir un nexo «particularmente estrecho», que será el del «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» de conformidad con la disposición en cuestión.

En opinión del Abogado General, el objetivo del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 no abre la posibilidad de incluir en su campo de aplicación los litigios relativos a la inexistencia de un delito.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

-Interpretación Sistemática

Las partes intervinientes que defienden que el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 comprende las acciones tendentes a que se declare la ausencia de responsabilidad delictual alegan que, en el marco de otros foros de competencia previstos en el artículo 5 de dicho Reglamento, esa misma norma se aplica tanto a una acción declarativa negativa como a una acción positiva.

Sin embargo, considero que en otros supuestos diferentes al contemplado en el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001, la naturaleza positiva o negativa de la acción ejercitada no afecta a la conexión prevista por las disposiciones del mencionado artículo 5. En cambio, en materia delictual, la naturaleza de la acción resulta esencial para determinar la competencia jurisdiccional, puesto que lo que marca la diferencia es la existencia o no del hecho dañoso, elemento que resulta determinante para el vínculo de conexión.

Conclusión:

El abogado general establece que, el Tribunal de Justicia responda a la cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof del siguiente modo: «El artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 del Consejo debe interpretarse en el sentido de que la competencia judicial en materia delictual no comprende una acción declarativa negativa mediante la cual el autor de un potencial hecho dañoso pretende que se declare que, de las circunstancias del asunto, no se deriva derecho alguno para la víctima potencial en materia delictual.»

STJUE 19 abril 2012 (As. C-523/10) Wintersteiger

El asunto C-523/10 tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 5 de octubre de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de noviembre de 2010, en el procedimiento entre Wintersteiger AG y Products 4U Sondermaschinenbau GmbH. En este asunto, el tribunal de justicia dicta sentencia sobre la petición de decisión prejudicial, que tiene por objeto la interpretación del artículo 5, número 3, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre Wintersteiger AG, establecida en Austria, y Products 4U Sondermaschinenbau GmbH establecida en Alemania, relativo a la pretensión de Wintersteiger de que se prohibiese a Products 4U utilizar la marca austriaca “Wintersteiger” como palabra clave en el sitio de Internet del prestador de un servicio remunerado de referenciación.

Por lo que se refiere al marco jurídico, lo que más está subrayado en esta sentencia, para la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 es el conjunto de todos los considerando del mismo, así como de su artículo 3, y claramente 5.3 que prevé que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

otro Estado miembro, “en materia delictual o cuasi-delictual”, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”, y también la Directiva 2008/95/CE, particularmente su artículo 5, apartado 1, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, titulado “Derechos conferidos por la marca”, de la que se deduce que la marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo y que por tanto, el titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada.

Por lo que se refiere al litigio principal y cuestiones prejudiciales, consisten en el hecho que Wintersteiger es una empresa establecida en Austria que fabrica y distribuye en todo el mundo máquinas para la puesta a punto de esquís y tablas de snowboard, con sus piezas de recambio y accesorios. Es titular de la marca austriaca «Wintersteiger» desde 1993, mientras que Products 4U, domiciliada en Alemania, desarrolla y distribuye igualmente máquinas para la puesta a punto de esquís y tablas de snowboard. Además, vende accesorios para máquinas de otros fabricantes, en particular para las de Wintersteiger. Tales accesorios, que Products 4U denomina “Wintersteiger-Zubehör” (“accesorios Wintersteiger” no los fabrica ni los autoriza la demandante principal. Al igual que ésta, Products 4U ejerce su actividad en todo el mundo y también distribuye sus productos en Austria. Lo que sucedió es que desde el 1 de diciembre de 2008, Products 4U reservó la palabra clave “Wintersteiger” en el marco del sistema publicitario desarrollado por el prestador del servicio de referenciación en Internet Google. Como consecuencia de esta inscripción, limitada al dominio nacional de primer nivel alemán de Google, esto es, el sitio de Internet “google.de”, el internauta que introducía la palabra clave “Wintersteiger” en el motor de búsqueda de ese servicio de referenciación obtenía, como primer resultado de la búsqueda, un enlace al sitio de Internet de Wintersteiger.

No obstante, la introducción de ese mismo término de búsqueda hacía también aparecer, en la parte derecha de la pantalla, bajo la rúbrica “Anzeige” («Anuncio»), un anuncio publicitario de Products 4U. Afirmando que, mediante el anuncio insertado en el sitio “google.de”, Products 4U vulneraba su marca austriaca, Wintersteiger ejerció una acción de cesación ante los tribunales austriacos. En cuanto a la competencia de éstos para conocer de su demanda y por la determinación de los daños. Wintersteiger se basó en el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001, alegando que el sitio “google.de” podía igualmente consultarse en Austria y que dicho servicio de búsqueda se presentaba en alemán. Products 4U se opuso a la competencia internacional de los tribunales austriacos y, subsidiariamente, a la existencia de una vulneración de la marca Wintersteiger, de momento que según dicha empresa el anuncio solo se refería a los ciudadanos alemanes.

El órgano jurisdiccional de primera instancia consideró que Los tribunales austriacos no eran competentes para conocer de la demanda presentada por Wintersteiger. El órgano jurisdiccional de apelación, en cambio, afirmó su competencia internacional, pero consideró que Wintersteiger no ostentaba derecho alguno y, por tal motivo, desestimó su demanda. El Oberster Gerichtshof, ante el cual se interpuso recurso de casación, se plantea en el caso de autos la cuestión de en qué condiciones la publicidad hecha mediante la utilización de la marca austriaca Wintersteiger en un sitio

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

de Internet que opera bajo un nombre de dominio nacional de primer nivel, tratándose de hecho de un “.de”, puede fundar la competencia de los órganos jurisdiccionales austriacos, con arreglo al artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001, para conocer de una acción de cesación del uso de una marca austriaca.

En estas circunstancias, el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia algunas cuestiones prejudiciales como por ejemplo la de que debe interpretarse la expresión “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”, contenida en el artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001, en el sentido de que la competencia únicamente estaría fundamentada si la palabra clave se utiliza en un sitio de Internet del motor de búsqueda cuyo dominio de primer nivel es el del Estado del foro, que la competencia únicamente está fundamentada si el sitio de Internet del motor de búsqueda en el que se utiliza la palabra clave puede consultarse en el Estado del foro y también se plantea la pregunta si la competencia depende del cumplimiento de otros requisitos además de la posibilidad de consultar el sitio de Internet.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al lugar donde se ha producido el daño, el Tribunal de Justicia ya ha precisado que dicho lugar es aquel donde el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasi-delictual haya ocasionado un daño (sentencia de 16 de julio de 2009, Zuid-Chemie, C-189/08, Rec. 2009 p. I-6917, apartado 26). Dentro del contexto de Internet, el Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad, la persona que se considere lesionada por contenidos publicados en un sitio de Internet puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses (sentencia de 16 de julio de 2009, Zuid-Chemie, C-189/08, Rec. 2009 p. I-6917 apartado 52).

En efecto, como señaló el Tribunal de Justicia en dicha ocasión, el criterio del lugar en el que la persona lesionada tiene su centro de intereses es conforme con el objetivo de previsibilidad de la competencia judicial. Por lo que afecta, en segundo lugar, al lugar del hecho causal de una supuesta vulneración de una marca nacional resultante de la utilización de una palabra clave idéntica a dicha marca en un motor de búsqueda que opere bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro, procede señalar que la limitación territorial de la protección de una marca nacional no excluye la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros distintos de aquel en que se encuentra registrada la marca

Por tanto, en virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia en esta sentencia declara que el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que un litigio relativo a la vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso, por un anunciante, de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro puede someterse, bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca, bien a los del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Por lo que se refiere a las conclusiones del abogado, es necesario recordar, con carácter preliminar que, cuando existe una unidad fáctica pero divergen el lugar de origen del daño y el lugar de resultado, el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia a partir de la sentencia *Handelskwekerij Bies*, avala la competencia de dos tribunales diferentes: los del lugar en el que se produce efectivamente el daño y los del lugar de realización del evento causal, recayendo sobre el demandante la elección del foro que mejor se ajusta a sus intereses. Esta solución garantiza la efectividad práctica de la regla enunciada en el referido precepto, al tiempo que otorga a la víctima del daño un margen decisorio que, asimismo, preserva la proximidad entre el foro y los hechos relevantes del litigio. La cuestión básica a examinar en este caso es, en definitiva, la de la proyección de esta doctrina cuando el hecho causal del alegado daño utiliza el medio Internet. A estos efectos, habrá sin embargo que incorporar diversas consideraciones complementarias.

El planteamiento de la sentencia *Shevill* y otros ha sido recientemente adaptado a las particularidades suscitadas por la red. En el asunto *eDateAdvertising* y *Martinez* el Tribunal de Justicia consideró que cuando se lesionan derechos de la personalidad en Internet la lesión reviste unos rasgos de especial gravedad a causa del impacto geográfico de la información dañosa. En consecuencia, los criterios de conexión enunciados en la sentencia *Shevill* se han visto ampliados, aunque limitados al caso de las lesiones a un derecho de la personalidad.

Además de los criterios enunciados en el punto anterior, la sentencia *eDate* y *Martinez* permite a la supuesta víctima reclamar la totalidad de los daños sufridos ante los tribunales del Estado donde aquélla tenga su “centro de intereses”. Ahora bien, el planteamiento de las sentencias *Shevill* y otros y *eDateAdvertising* y *Martinez* no resulta aplicable al caso de autos.

Por tanto, según el abogado general Pedro Cruz Villalón, presentadas el 16 de febrero de 2012, los criterios de conexión previstos en el artículo 5, número 3, no pueden aplicarse indistintamente a situaciones como las suscitadas en los referidos asuntos y en el presente caso, sino que se debe efectuar una interpretación del referido precepto adaptada a las circunstancias particulares del Derecho de la propiedad industrial. Situados ya en este específico contexto, hay que partir de que, en el supuesto de que se produzca una conducta potencialmente infractora de una marca nacional, el Reglamento nº 44/2001 otorga al demandante, como regla general, la posibilidad de acudir al tribunal del domicilio del demandado al amparo del foro general previsto en su artículo 2, o al tribunal del lugar donde se hubiera producido o pudiera producirse el daño con arreglo al citado artículo 5, número 3.

Por tanto, conviene reiterar que, a fin de determinar el territorio en el que se ha producido o pudiere producirse el daño cuando éste se realiza a través de Internet, el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse, en coherencia con la jurisprudencia dictada en el asunto *Minas de Potasa*, en el sentido de que fundamenta la competencia de los tribunales donde se produce el hecho causal, por un lado, y donde se consuma el daño, por otro, con arreglo a unos criterios específicos que paso a detallar. En lo que concierne al lugar donde se consuma el daño, ya he adelantado con anterioridad que éste será, siempre y en todo caso, el del Estado de registro de la marca, pues sólo se genera un perjuicio allá donde exista protección jurídica.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Ahora bien, la existencia de una información dañosa en Internet no basta para atraer la competencia del tribunal del Estado de registro. Asimismo, el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 permite fundamentar la competencia de los tribunales del Estado donde se produce el hecho causal del daño.

A la vista de lo anterior, lo que propondría el abogado sería que, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberster Gerichtshof (Austria), el Tribunal de Justicia declare que el artículo 5, número 3, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debería interpretarse, al producirse una conducta a través de Internet susceptible de infringir una marca nacional registrada en un Estado miembro, en el sentido de que atribuye la competencia judicial a los tribunales del Estado miembro en los que se encuentra registrada la marca, y a los tribunales del Estado miembro donde se utilizan los medios necesarios para producir una infracción efectiva de una marca registrada en otro Estado miembro.

STJUE 16 mayo 2013 (As. C-228/11) Melzer / MF Global Uk Ltd

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) se pronuncia en caso de materia de “cooperación judicial en materia civil - competencias especiales en materia delictual o cuasidelictual – participación transfronteriza de varias personas en un mismo acto ilícito – Posibilidad de determinar la competencia territorial en función del lugar del acto realizado por otro autor del daño distinto del demandado” y el asunto C 228/11 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Landgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 29 de abril de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia en el 16 de mayo de 2011, en el procedimiento entre: **Melzer y MF Global UK Ltd**. Así el TJ pronuncia la siguiente sentencia: **el artículo 5.3 del Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo de 22 diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que no permite determinar, en virtud del lugar del hecho generador imputado a uno de los presuntos autores de un daño, que no es parte en el litigio, una competencia jurisdiccional frente a otro presunto autor de dicho daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce.**

En el marco jurídico de la Unión Europea: el Tribunal de Justicia ha tenido en cuenta que el Reglamento 44/2001 tiene por objeto establecer disposiciones mediante las que se unifiquen las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil, simplificándose los trámites para un reconocimiento y una ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales de los Estados miembros obligados por el presente Reglamento. También es importante recordar que el principio de la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado siempre, excepto los casos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. Además el Tribunal de Justicia hace referencia también a los artículos 2, 3, 5 y 6 del Reglamento 44/2001, pero analizando en particular el

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

artículo 5 del mismo Reglamento que en su apartado primero indica que “las personas domiciliadas en un Estado miembro podran ser domiciliadas en otro Estado miembro:

- a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligacion que serviere de base a la demanda;
- b) a efectos de la presente disposicion, y salvo pacto en contrario, dicho lugar sera’:
 - cuando se tratare de una compraventa de mercaderias, en lugar del Estado miembro en el que hubiere sido o debieren ser entregadas las mercaderias;
 - cuando se tratare de una prestacion de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios;
- c) cuando la letra b) no fuere aplicable se aplicara la letra a).

Pero en su apartado tres (del artículo 5) se explica: “en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o hubiere producirse el hecho dañoso”.

Así se interpreta que en unas circunstancias del litigio principal, donde solo se demanda a uno de los varios presuntos autores de un daño alegado ante un órgano jurisdiccional en cuyo ámbito competencial no actuó la interpretación autónoma del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, de conformidad con sus objetivos, se opone a que el hecho causante se considere producido en el ámbito competencial de dicho órgano jurisdiccional.

Conforme a todo esto el abogado general Sr. Nilo Jaaskinen, el 29 de noviembre de 2012, presenta las conclusiones en el sentido de que **el art. 5.3 del R44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la regla de competencia especial en materia delictual establecida en dicho precepto no resulta aplicable cuando, en caso de participación en los actos supuestamente dañosos de varias personas que han actuado en Estados miembros diferentes, la acción entablada contra una de ellas solo puede vincularse con el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda a través del lugar del hecho generador imputado a un cómplice o coautor que no ha sido demandado ante ese mismo órgano jurisdiccional.**

Además el afirme que seria fundamental velar por el cumplimiento del principio de seguridad jurídica, en el que se basa el Reglamento 44/2001. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de seguridad jurídica exige que las reglas de competencias que establecen excepciones al principio general de competencia establecido en el artículo 2 de dicho Reglamento, se interpreten de modo que permitan al demandado normalmente informado de prever razonablemente cual es el órgano jurisdiccional, distinto de los del Estado miembro en donde tiene su domicilio, ante el que pudiera ser demandado.

La intención es la de adoptar reglas uniformes con el fin de garantizar un equilibrio razonable entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona perjudicada, que inspiro’ los redactores del Reglamento 44/2001 y que también deben inspirar según la opinión del abogado presente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su interpretación del artículo 5.3 del mismo Reglamento. En conclusión el abogado explica que seria mejor que el TS no tendrá’ que interpretar este artículo 5.3 del R44/2001 de modo amplio y extensivo, porque se puede plantear así un

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

invertimento completo del Reglamento 44/2001 y se llevara’ a un segundo plano del principio fundamental, según el cual las personas domiciliadas en el territorio de un Estado miembro deben ser demandadas ante los Tribunales de dicho Estado. Por lo tanto el abogado aprueba una respuesta negativa a la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, por la razón que permitiría cumplir mejor las exigencias que resultan tanto del sistema como de los objetivos del Reglamento 44/2001.

2.- La interpretación del Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) [Reglamento 593/2008 (Roma I)]

2.1.- La interpretación de los puntos de conexión contemplados en el Reglamento 593/2008 (Roma I)

A.- La autonomía de la voluntad

“El «*pactum de lege utenda*»”

María Antúnez Sánchez

ELABORADO A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE) DE 9 DE JUNIO 2011 (AS. C-87/10), CASO ELECTROSTEEL EUROPE / EDIL CENTRO Y DE 6 OCTUBRE 2006 (AS. C-133/08), CASO INTERCONTAINER INTERFRIGO / MIC OPERATIONS Y CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL AS. C-133/08 Y AS. C-87/10

SUMARIO: I.- NOTAS GENERALES DEL REGLAMENTO 593/2008 (ROMA I). II.- EL PACTO DE ELECCIÓN DE LEY CONFORME AL REGLAMENTO 593/2008 (ROMA I). III.- LEY APLICABLE EN DEFECTO DE PACTO DE ELECCIÓN

I.- NOTAS GENERALES DEL REGLAMENTO 593/2008 (ROMA I)

Antes de comenzar con el análisis jurisprudencial, es importante tener en cuenta algunas de las notas características de este Reglamento. El Reglamento (CE) número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, o también llamado Reglamento Roma I, resulta de aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009. Tiene carácter universal o *erga omnes* tal y como dispone su art. 2, es decir, la ley designada por el Reglamento se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no miembro, entendiéndose por “Estado miembro” a efectos del Reglamento, todos los Estados miembros de la UE excepto Dinamarca, tal y como dispone su art. 1.4. Según su art. 1.1 se aplicará a las “obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”, y se establecen una amplia serie de materias excluidas en sus arts. 1.1, inciso 2º y art. 1.2.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Tal y como dispone el art. 24 del Reglamento, éste sustituye al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, salvo en los territorios a los que resulta aplicable este, pero no se aplica el Reglamento 593/2008, en virtud del art. 299 TCE, actuales arts. 52 y 355 TFUE.

II.- EL PACTO DE ELECCIÓN DE LEY CONFORME AL REGLAMENTO 593/2008

Tal y como se desprende del artículo 3 del Reglamento 593/2008 (Roma I) y como ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones el TJUE, “para atribuir plena eficacia al principio de autonomía de la voluntad de las partes en el contrato, principio que constituye la piedra angular del Convenio de Roma y que se reproduce en el Reglamento Roma I, es preciso hacer todo lo necesario para garantizar que se respete la elección realizada libremente por las partes en cuanto a la ley aplicable en el marco de su relación contractual, de conformidad con el artículo 3” (STJUE, Sala Tercera, de 17 de octubre de 2013, AS. C-184/12). Es por tanto la autonomía de la voluntad de las partes la que constituye el núcleo esencial y primer punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a la relación contractual.

Esta posibilidad de elección de ley aplicable o *pactum de lege utenda* se encuadraría doctrinalmente dentro de la “autonomía de la voluntad conflictual” (*kollisionsrechtliche Autonomie*) es el derecho subjetivo, del que disponen los contratantes, consistente en poder elegir la Ley estatal que regula el contrato en el que son partes. Distinta de esta “autonomía de la voluntad conflictual” es la llamada “autonomía de la voluntad material” (*materiellrechtliche Autonomie*) que consiste en la posibilidad de que disponen los contratantes de establecer pactos o cláusulas del contrato que regulan aspectos concretos de la dinámica contractual, todo ello, dentro de los límites fijados por un concreto Ordenamiento Jurídico (STS 19 diciembre 1930)³⁴. Dentro de esta categoría de la autonomía material se incluye la capacidad de las partes de incorporar al contrato distintos materiales normativos, como es el caso de usos, cláusulas y prácticas comerciales típicas de la contratación internacional, y que no forman parte de un Derecho estatal, tales como los Incoterms 2000.

En este sentido se ha pronunciado la STJUE de 9 de junio de 20011, que en su análisis del artículo 5.1.b) del Reglamento 44/2001 ha establecido que “a fin de comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato», el órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms (“*international commercial terms*”) elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en su versión publicada en 2000”.

34CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *La ley aplicable a los contratos internacionales*, Textos de Derecho Internacional Privado, 2009, pág. 67

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Así, el artículo 3.1 del Reglamento establece que las partes pueden designar la ley aplicable a la totalidad o sólo a una parte del contrato (el denominado *depeçage* o posibilidad de que los contratantes que elijan distintas Leyes estatales como aplicables a distintas partes de un mismo contrato). Además, la elección podrá realizarse de modo expreso, o bien resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso, esto es, de forma tácita. Cabe su designación tanto en un momento anterior como posterior a la celebración del contrato, y la elección puede ser modificada por las partes en cualquier momento, tal y como determina el art. 3.2 del Reglamento. Los aspectos del consentimiento, como su existencia o validez, se regirán por lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 13 (art. 3.5).

Lo dispuesto en los artículo 3.3 y 3.4 del Reglamento se refiere un supuesto específico: el caso de contratos que no presentan ningún elemento extranjero “objetivo”, pero que las partes someten a la Ley de otro Estado. Así, establece la norma en ambos casos, tanto si las partes someten el contrato a la ley de un tercer estado diferente a aquel en que estén localizados todos los demás elementos pertinentes de la situación como si lo someten a la ley de un estado no miembro, estando los elementos pertinentes localizados en uno o varios estados miembros, esto no eximirá de su aplicación de las disposiciones del país en el que estén localizados los elementos pertinentes o de las disposiciones comunitarias que no puedan ser excluidas mediante acuerdo conforme a su propia legislación. Se trata en ambos casos de un mecanismo anti fraude incluido en la norma para evitar situaciones de evasión de mala fe de las disposiciones imperativas.

III.- LEY APLICABLE EN DEFECTO DE PACTO DE ELECCIÓN

El art. 4 del Reglamento 593/2008 entra en juego y determina la ley aplicable al contrato cuando o bien la elección de Ley resulta inválida con arreglo al art. 3 o cuando el contrato carece de una cláusula de elección de la Ley aplicable al mismo.

Así, este artículo establece una lista de ocho tipos de contratos, indicando la ley que rige cada uno de ellos.

En el caso de que el contrato no sea uno de esos “ocho contratos típicos” o cuando el contrato sea una combinación de varios de esos ocho contratos, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2)

No obstante lo anterior, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento, entonces el contrato se regirá por la Ley de este otro país (art. 4.3).

Los contratos no incluidos en la lista de ocho contratos que recoge el art. 4.1 y que también carecen de prestación característica (art. 4.2), se regirán por la Ley del país con el que presenten los vínculos más estrechos (art. 4.4).

El análisis del criterio del vínculo más estrecho no es objeto del presente trabajo, y por tanto no será analizado en profundidad, pero podemos mencionar al respecto que en

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (AS-133/98), la interpretación realizada del artículo 4 del derogado Convenio de Roma se realiza del siguiente modo: “ El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) La última frase del artículo 4, apartado 4, del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, debe interpretarse en el sentido de que el criterio de conexión previsto en la segunda frase del citado artículo 4, apartado 4, únicamente se aplica a un contrato de fletamento, distinto del contrato para un solo viaje, cuando el objeto principal del contrato no es la mera puesta a disposición de un medio de transporte, sino el transporte propiamente dicho de las mercancías.

2) La segunda frase del artículo 4, apartado 1, del mismo Convenio debe interpretarse en el sentido de que una parte del contrato sólo podrá regirse por una ley diferente a la ley aplicable al resto del contrato cuando su objeto sea autónomo.

Cuando el criterio de conexión aplicado a un contrato de fletamento sea el previsto en el artículo 4, apartado 4, del Convenio, dicho criterio deberá aplicarse al conjunto del contrato, salvo que la parte del contrato relativa al transporte sea autónoma del resto del contrato.

3) El artículo 4, apartado 5, del mismo Convenio debe interpretarse en el sentido de que, cuando del conjunto de circunstancias resulte claramente que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto del determinado sobre la base de alguno de los criterios previstos en los apartados 2 a 4 de dicho artículo 4, incumbirá al juez descartar tales criterios y aplicar la ley del país con el que dicho contrato presente los lazos más estrechos”

Muchas de las precisiones realizadas por el Tribunal en esta sentencia ya no resultan aplicables al Reglamento 593/2008, por incluir este en su redacción actual la esencia de lo interpretado por el TJUE: la regulación en forma de lista es más precisa, y ayuda a clarificar el criterio de la vinculación mas estrecha, el contrato de transporte pasa a regularse de forma más detallada en el artículo 5...

B.- La vinculación más estrecha

“El concepto de «vínculos más estrechos»”

Rocío Falcó Rubio

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la sentencia a comentar versa sobre la aplicación del Convenio de Roma (en adelante CR80). Este ha sido sustituido por el Reglamento 593/2008 (Roma I, artículo 24, salvo en los territorios a los que resulta

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

aplicable el CR80 y no Roma I) superando con ello algunos de los defectos así como preceptos ambiguos que este presentaba como es el caso de su artículo 4 “ley aplicable a falta de elección”, artículo protagonista de este tema de la vinculación más estrecha entre un contrato y un país.

Sin embargo, la aplicación del CR80 va a venir supeditada a la fecha de celebración del contrato dado que el Reglamento Roma I regula los contratos celebrados con fecha posterior a 17 de diciembre de 2009 (artículo 29 R593/2008). Tendremos que aplicar por tanto el CR80 para los celebrados con anterioridad a esta fecha.

Para abordar el tema de este seminario procedemos a analizar y estudiar un caso concreto (Asunto C133-08) en el que resulta de aplicación este artículo 4 del CR80 y para el cual veremos la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) así como las conclusiones del abogado general, Sr. Yves Bot, las cuales nos servirán de base para una interpretación general del precepto en cuestión.

En último lugar haremos referencia a las mejoras introducidas por el Reglamento Roma I en cuanto a su sustitución del Convenio de Roma.

ASUNTO C-133/08

Marco jurídico

Con la adopción del Convenio de Roma se perseguía una uniformidad en cuanto a la elección de ley aplicable a las obligaciones contractuales, de tal manera que estas leyes designadas fueran las mismas con independencia del lugar donde se dicte la sentencia.

A modo de facilitar la remisión al artículo del convenio de Roma que es objeto de interpretación por parte del TJUE lo plasmaremos en este primer apartado. Artículo 4 Convenio de Roma «Ley aplicable a falta de elección»:

«1. En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país.

2. Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su principal establecimiento o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento.

3. No obstante [...] lo dispuesto en el apartado 2, en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble.

4. El contrato de transporte de mercancías no estará sometido a la presunción del apartado 2. En este contrato, si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene sus lazos más estrechos con este país. Para la aplicación del presente apartado, se considerarán como contratos de transporte de

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

mercancías los contratos de flete para un solo viaje u otros contratos cuando su objetivo principal sea el de realizar un transporte de mercancías.

5. No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 deberán descartarse cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país.»

En este artículo encontramos una regla general a falta de elección de ley aplicable por las partes en su apartado 1, seguido de unas presunciones en sus apartados 2 a 4 para facilitar la elección por parte del juez del país que presenta “lazos más estrechos” con un contrato y poder por tanto determinar la ley aplicable al caso. Concretamente el apartado 2 consiste en una presunción general y los apartados 3 y 4 son presunciones especiales.

Por último el apartado 5 contempla la posibilidad del juez de excluir la presunción del apartado 2 cuando no pueda determinar la prestación características y las presunciones de los apartados 2 a 4 cuando se de esta circunstancia de existir vínculos más estrechos entre el contrato y otro país distinto al determinado por estos apartados.

Hechos y litigio principal

Nos encontramos ante una relación entre sociedades (sin celebración de contrato escrito entre las partes) en la cual se pacta por la sociedad belga Intercontainer Interfrigo SC (a la cual nos referiremos como “ICF”) una puesta a disposición de unos vagones y una garantía del transporte por ferrocarril en el contexto de un proyecto de conexión ferroviaria para el transporte de mercancías entre las ciudades de Amsterdam (Países Bajos) y Francfort (Alemania) a favor de la sociedad Balkenende Oosthuizen BV (Balkenende en adelante) la cual actuaba por cuenta de la sociedad MIC Operations BV, estas dos últimas están establecidas en los Países Bajos. MIC, que había alquilado a terceros la capacidad de carga de que disponía, debía ocuparse de la parte operativa del transporte de las mercancías de que se trata.

MIC no paga una factura de fecha de 27 de noviembre de 1998, lo que provoca que ICF presentara una demanda a 24 de diciembre de 2002 contra MIC y Balkenende cuyo objeto era la condena a pagar la cantidad adeudada por parte de las mismas, sosteniendo por parte de la sociedad demandante que la ley aplicable al contrato era la ley belga. Sin embargo el tribunal de los Países Bajos ante el cual se presentó la demanda (Rechtbank te Haarlem) admite la excepción de prescripción propuesta por las demandadas al considerar estas que el derecho aplicable es el neerlandés y que en virtud de este los créditos entre las sociedades estaban prescritos.

ICF interpuso tras estos hechos un recurso de apelación ante el tribunal Gerechtshof te Amsterdam, en este alegaba que el contrato sobre el que versa el litigio principal no es un contrato de transporte del 4.4 del CR80 y que por tanto resultaría de aplicación el 4.2, estableciendo el derecho belga como el aplicable al caso. Este tribunal a pesar de darle la razón en excluir el carácter de contrato de transporte de este litigio (carácter atribuido por el tribunal anterior) considera que el precepto aplicable al mismo no es el artículo 4.2 sino el 4.1 al cual le remite la excepción de la segunda frase del art. 4.5. En virtud del 4.1, y dadas las circunstancias concretas del caso, el contrato presenta

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

vínculos más estrechos con los Países Bajos que con Bélgica. Este tribunal por tanto confirma la prescripción del crédito existente entre las partes.

Por último la sociedad ICF hace uso del recurso de casación ante el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), ante él expone no solo el error en cuanto a la calificación del contrato (calificación de contrato de transporte) sino también la aplicación de la excepción del art. 4.5 respecto a la posibilidad que tiene el juez de dejar de lado la norma general del art. 4.2 y acudir a esta excepción. Este tribunal ante las dudas plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Sobre las cuestiones prejudiciales

El Hoge Raad der Nederlanden suspendió el procedimiento y planteó 5 cuestiones prejudiciales al respecto frente al tribunal de justicia de la unión europea. Nos centraremos en las relativas a la vinculación más estrecha entre un contrato y un país, dando solo las imprescindibles explicaciones sobre el resto de las cuestiones prejudiciales.

Competencia y tarea TJUE

El Tribunal de Justicia es competente en virtud del Primer Protocolo de 19 de diciembre de 1988, que entró en vigor el 1 de agosto de 2004, para pronunciarse sobre estas cuestiones prejudiciales relativas al Convenio.

El Tribunal de Justicia interpreta el Derecho de la UE para garantizar que se aplique de la misma forma en todos los países miembros

Cuestiones prejudiciales

En la primera de ellas se plantea la duda de si el contrato objeto de este litigio puede ser considerado como un contrato de transporte en virtud del art. 4.4 CR80

La segunda, tercera y cuarta de las preguntas están relacionadas entre sí y plantean la posibilidad de aplicar un fraccionamiento al contrato, dado que según la ley que se aplique se determinará un plazo u otro de prescripción de los derechos derivados del contrato.

La quinta, y última de las cuestiones prejudiciales, hace referencia a la posibilidad de aplicación de la excepción recogida en la segunda frase del apartado 5 de este artículo 4 del CR80. Esta excepción consiste en otorgarle al juez una posibilidad de descartar las presunciones de los apartados 2 a 4 de dicho artículo 4 CR80. La cuestión prejudicial planteada sobre esta excepción consiste en determinar bajo qué condiciones se podrá acudir a esta excepción por parte del juez:

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

- Únicamente cuando del conjunto de las circunstancias resulte que la ley aplicable determinada por las presunciones no goza de verdadero valor de conexión.

- O si el juez podrá también acudir a ella cuando de las circunstancias resulte que existe un vínculo preponderante con otro país.

Pronunciamiento del TJUE sobre las cuestiones prejudiciales

Respecto a la primera de las cuestiones el TJUE excluye la posibilidad de aplicación del precepto 4.4 CR80 a este contrato porque no cumple con todos los requisitos necesarios para ello como es el que exista la coincidencia entre el país en cuyo territorio el transportista tiene su residencia habitual (Bélgica) y el país en el que esté situado el lugar de carga (Países Bajos) o de descarga (Alemania) o el establecimiento principal del expedidor. Esta falta de convergencia de localización en un mismo lugar imposibilita la aplicación de este precepto.

Al no resultar de aplicación este precepto se planteaba la duda de si habría que acudir a la regla general del apartado 1 o a la presunción general del apartado 2. La interpretación dada por el tribunal resuelve que lo razonable es referirse a la regla general del apartado 1 para determinar la ley aplicable al contrato dado que un reenvío a la presunción general del apartado 2 sería contrario a la eficacia del art. 4.4 CR80. En virtud de esta regla general el juez tendrá que buscar, valiéndose de diversos elementos, cual es el país con el que el contrato presenta vínculos más estrechos para determinar la ley del mismo como aplicable a este caso concreto.

En cuanto a la posibilidad de fraccionamiento del contrato, simplemente añadir que esta es rechazada por el tribunal dado su carácter excepcional y la difícil consideración de la misma en este caso dado que el objeto del contrato es una sola prestación lo que pone de manifiesto la necesidad de una ley aplicable para todo el contrato.

Por último, respecto a la aplicación de la excepción prevista en el apartado 5 su interpretación quedaría de la siguiente manera:

- Prestación característica del contrato no determinada: acudiremos a la regla general del art. 4.1 CR80

- Prestación característica del contrato determinada pero de las concretas circunstancias se observa que existe una vinculación más estrecha con otro país: determinamos el derecho de ese país como el aplicable pudiendo excluir las presunciones de los apartados 2 a 4.

Respecto a esta última hipótesis, recogida en la segunda frase del art. 4.5 CR80, le atribuye cierto margen de discrecionalidad al juez a la hora de decidir si en el caso concreto se dan estas circunstancias que justifican la no aplicación de las presunciones de los apartados 2 a 4, esto se desprende del informe Giuliano-Lagarde (informe llevado

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

a cabo por estos dos profesores de las universidades de Milán el primero y París el segundo), lo que se pretende es dotar de flexibilidad esta determinación de ley aplicable al contrato para que realmente se cumpla el requisito de existencia vínculos más estrechos entre un país y un contrato.

A modo de conclusión y para dar respuesta a la última de las cuestiones prejudiciales sobre las condiciones bajo las cuales se podía aplicar esta excepción (si las presunciones podían descartarse cuando carecen de verdadero valor de conexión o también cuando el juez compruebe que presenta lazos más estrechos con otro país), este tribunal resuelve que en la medida de lo posible se deben aplicar siempre las presunciones para proteger el principio de seguridad jurídica pero, que si de las circunstancias del caso se interpreta claramente que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto del designado por las presunciones, el juez podrá descartar la aplicación de tales disposiciones y aplicar la ley del país con el que dicho contrato presente los lazos más estrechos.

RELACIÓN CONVENIO DE ROMA – REGLAMENTO ROMA I

El reglamento 593/2008 (Roma I) entró en vigor el 24 de julio de 2008; no obstante, sólo se aplicará a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009. En virtud del art. 24 Roma I, este reglamento sustituye al CR80 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, salvo en los territorios a los que resulta aplicable el CR80, pero no se aplica Roma I, en virtud del art. 299 TCE, actuales arts. 52 y 355 TFUE.

Este reglamento moderniza e introduce modificaciones significativas en esta materia, siendo una de las más importantes la que nos concierne en este trabajo: determinación de ley aplicable a falta de elección por las partes, artículo 4 de ambos instrumentos.

En el reglamento se sigue defendiendo el criterio de la aplicación de la ley del país que presente vínculos más estrechos con el contrato. Sin embargo podemos apreciar un cambio radical en el desarrollo del apartado 1: CR80 establecía en él una regla general mientras que Roma I recoge en este apartado una lista de tipos contractuales acompañados cada uno de la ley que será la aplicable para ese caso concreto, de tal forma que se limitan los casos en los cuales el juez tendrá que hacer una interpretación de las circunstancias concretas y gozar de un amplio margen de apreciación de las mismas.

El apartado 2 recoge el criterio de la prestación característica del contrato, este aparece más acotado pero seguirá presentando algunos de los problemas que planteaba en el CR80.

El tercero de los apartados del art. 4 del reglamento presenta una cláusula de escape similar a la excepción que analizábamos del art. 4.5 del CR80. Esta permite eludir la aplicación de los anteriores apartados si “*del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado*”. Este apartado, sin embargo, aparece también

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

reforzado puesto que las expresiones que utiliza ponen de manifiesto su carácter excepcional y la necesidad de que la vinculación sea manifiestamente clara e inequívoca.

Por último el art. 4.4 del reglamento establece una cláusula de cierre para los casos en los que no se cumplan los requisitos de los anteriores apartados y por tanto no se puedan aplicar al caso. Los problemas en la aplicación de este precepto serán similares a los vistos en el CR80 pero indudablemente habrá que acudir a esta cláusula en muchas menos ocasiones.

3.- La interpretación del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) [Reglamento 864/2007 (Roma II)]

3.1.- Interpretación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 864/2007 (Roma II)

A.- El ámbito temporal de aplicación del Reglamento 864/2007 (Roma II)

“Aplicación temporal del Reglamento 864/2007 (Roma II)”

Ana María Torrecillas Gómez

Se plantean dos cuestiones prejudiciales por la High Court of Justice de Inglaterra y el país de Gales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo TJUE): ¿en qué sentido deben interpretarse los preceptos 31 y 32 del Reglamento Roma II?

I.- DELIMITACIÓN DEL LITIGIO PRINCIPAL

La cuestión planteada surge en el marco de un litigio entre Deo Antoine Homawoo con domicilio en Reino Unido y la empresa aseguradora GMF Assurances SA (en lo sucesivo GMF), derivado de un accidente acaecido en Francia, durante una estancia del demandante, y provocado por un vehículo cuyo conductor se encontraba asegurado por dicha empresa aseguradora.

Resumiendo brevemente los hechos objeto del litigio, el Sr. Homawoo interpuso demanda por daños corporales y daño indirectos contra dicha empresa aseguradora por los hechos ocurridos el 29 de agosto de 2007 en Francia. Dicha acción se ejercita el 8 de enero de 2009 en Reino Unido, dos años después del accidente generador del daño.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Cuestión litigiosa

La High Court of Justice, entendió que no era aplicable el Reglamento Roma II, *ratione temporis*, ya que los hechos generadores del daño se habían producido antes de su entrada en vigor, entendiéndose ésta el 11 de enero de 2009, y por tanto la competencia para conocer de la valoración de los daños correspondía a los tribunales ingleses en virtud de la *lex fori*.

La cuestión prejudicial surge a raíz de que tras la declaración de la High Court of Justice, GMF, manifestando previamente que la reclamación está efectivamente justificada, declara que la valoración del daño producido debe realizarse conforme a derecho francés, por ser en este lugar donde se produjo el daño.

Este foro de competencia que alega GMF viene establecido en el art. 4º del Reglamento Roma II (en lo sucesivo RRII). La empresa aseguradora entiende que sí sería de aplicación el reglamento, pues, en relación a lo establecido en su art. 31, (“se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor”), su entrada en vigor se produce veinte días después de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 245 TFUE). De esta manera, el reglamento estaría en vigor desde el 20 de agosto de 2007, fecha anterior a la del accidente.

Cuestión prejudicial

Lo que se pide al TJUE es que ponga de manifiesto la correcta interpretación de los preceptos 31 y 32 del Reglamento, referentes a la aplicabilidad temporal de éste.

II.- MARCO JURIDICO

Normativa nacional inglesa

En derecho inglés, es de aplicabilidad la Ley de 1995 sobre Derecho Internacional Privado, en cuyas disposiciones se establece que las materias que son de carácter procesal deben regirse por la ley inglesa por tratarse de *lex fori*.

En esta disposición se basa la High Court of Justice para poner de manifiesto que la valoración de los daños por responsabilidad extracontractual debe regirse por derecho inglés, y no, como alega la parte contraria GMF, por derecho francés.

La pretensión de GMF es que sea de aplicación del Reglamento Roma II. Este Reglamento parte del principio de irretroactividad de los preceptos del instrumento recogido en el art. 31.

Artículo 31. Aplicabilidad:

El presente Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Éste fija el momento que nos sirve de base para la determinación de la aplicabilidad temporal (art. 31: momento en que se produzca el hecho generador del daño), planteándonos lo siguiente: si hay o no que entender que el momento cuando se produce el hecho que genera el daño puede incluir, por extensión, el momento en que se ejercita la acción.

GMF pretendía que se entendiera dicho precepto en referencia al art. 254 TFUE, en el cual los instrumentos entran en vigor (a falta de declaración expresa) a los veinte días desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Esto significa que se hace necesario delimitar y marcar la diferencia entre “entrada en vigor” y “aplicabilidad de la norma”.

La interpretación del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) [Reglamento 864/2007 (Roma II)]

Anotaciones preliminares acerca de la “entrada en vigor” y la “aplicabilidad” de las normas

Diversos Reglamentos de la Unión Europea fijan la fecha de aplicación de sus preceptos momentos después de su entrada en vigor. De esta manera se permite que los Estados miembros puedan adoptar eventuales modificaciones de su Derecho nacional.

En la Guía Práctica Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión se prevé la posibilidad de una aplicación diferida de los reglamentos, posibilitando que a veces se distinga entre la entrada en vigor del reglamento y la fecha inicial de aplicación del régimen que establece dicho reglamento. Sin embargo, no se explica la diferencia entre ambos conceptos.

Entrada en vigor y aplicabilidad del RRII

En el Reglamento Roma II, los conceptos de entrada en vigor y aplicación se utilizan de manera imprecisa confundiéndose uno y otro. Esto hace que podamos afirmar con carácter general que la diferencia entre los conceptos de entrada en vigor y de aplicación no esté suficientemente clara para el legislador de la Unión

En este sentido, tiene claro el Abogado General, que la distinción entre ambos conceptos lleva a la confusión en la interpretación del Reglamento.

Con todo ello, resulta paradójico que el RII en su art.32 establezca la excepción del art.29, que entrará en vigor el 11 de julio de 2008. Está en lo cierto el Abogado cuando pone de manifiesto que en ese caso, necesariamente debe estar en vigor el Reglamento en esa fecha, y no sería correcto aplazar su entrada en vigor hasta 2009 como establece.

Artículo 32. Entrada en vigor:

El presente Reglamento se aplicará a partir del 11 de enero de 2009, excepto por lo que respecta al artículo 29, que se aplicará a partir del 11 de julio de 2008.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

En definitiva, podemos deducir que la voluntad del legislador de la Unión de aplazar la aplicación del Reglamento Roma II tiene como objetivo asegurar la publicidad de los convenios internacionales que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales en que sean parte uno o más Estados miembros.

II) Interpretación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 864/2007 (Roma II)

Objetivos del Reglamento Roma II

Si entendiéramos que lo correcto es aplicar el Reglamento a los hechos generadores de daño producidos a partir del 20 de agosto de 2007, sería difícil precisar el momento de aplicación en cada Estado Miembro a partir del 11 de enero de 2009, y esto nos conduciría necesariamente a diferentes soluciones en el seno de la Unión Europea.

Por ello, podría deducirse que entre los objetivos del Reglamento, se encuentra la aplicación uniforme en todos los Estados miembros. De acuerdo a las exigencias enunciadas en los considerandos 6º, 13º, 14º y 16º del Reglamento, se debe aplicar éste a los hechos generadores del daño producidos después de su fecha de aplicación.

Aplicación en la práctica

Lo cierto es que, a pesar de todo lo comentado anteriormente, en la práctica (como ya hemos visto en clase), y partiendo del principio de irretroactividad de las normas, la aplicabilidad del reglamento se limita a los hechos generadores de daños a partir de la fecha indicada en su art. 32, que es la de 11 de enero de 2009.

III.- EL AMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 864/2007 (ROMA II).

Interpretación del TJUE

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia de 12 de julio de 1979, Koschniske, 9/79, Rec. p. 2717, apartado 6), se desprende la necesidad de una interpretación uniforme de las normas de la Unión, excluyendo la posibilidad de que en caso de duda, el texto de una disposición sea considerado de forma aislada, y exigiendo que sea interpretado y aplicado a la luz de las versiones redactadas en las demás lenguas oficiales (Conclusiones del Abogado General, punto 39).

Tal es así, que si la voluntad del legislador anteriormente comentada, y los objetivos del reglamento, así como el empeño en la armonización de las normas de los instrumentos en el seno de la Unión Europea, el TJUE, en su fallo entendió que;

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

(37) *En estas condiciones, procede responder a las cuestiones planteadas que los artículos 31 y 32 del Reglamento, en relación con el artículo 297 TFUE, deben interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar este Reglamento únicamente a los hechos, generadores de daño, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009 y que no influyen en la delimitación del ámbito de aplicación temporal de este Reglamento la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación de indemnización ni la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable.*

II.- LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TJUE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

1.- La interpretación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga al Reglamento (CE) nº 1347/2000 (Reglamento 2201/2003)

1.1.- Interpretación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 2201/2003

A.- Ámbito material de aplicación del Reglamento 2201/2003

“La aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 en materia de crisis matrimoniales”

Ana Bodas Sánchez

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. 1.- Disparidad de regímenes nacionales respecto a la determinación de la competencia y reconocimiento y/o ejecución de decisiones judiciales en los Estados miembros. II.- EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 2201/2003, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003. 1.- Visión general de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial, separación judicial y divorcio. 2.- Interpretación y justificación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 relativos a la determinación de la competencia en litigios sobre nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio. 3.- Problemas particulares. 4.- Especial referencia al carácter exclusivo de las competencias de los arts. 3 a 5 y al foro de necesidad del art. 7 Reglamento 2201/2003. 5.- Interpretación de los artículos 6 y 7 Reglamento 2201/2003 y el Derecho nacional. 6.- El Reglamento 201/2003 en el contexto actual.

I.- INTRODUCCIÓN.

1.- Disparidad de regímenes nacionales respecto a la determinación de la competencia y reconocimiento y/o ejecución de decisiones judiciales en los Estados miembros.

Dada la existente disparidad de las normas nacionales en cuanto a la delimitación de la competencia y el reconocimiento y/o ejecución de decisiones judiciales, cada vez se torna más difícil la libre circulación de las personas y el buen funcionamiento del

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

mercado interior. Es por ello que resulta de necesidad, adoptar disposiciones mediante las que se unifiquen las normas de conflicto de jurisdicciones en materias matrimoniales y de responsabilidad parental, para así lograr la simplificación de los trámites y un reconocimiento rápido y automático tanto de las resoluciones judiciales como de su ejecución; si bien la inclusión de unos determinados criterios responde a su existencia en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y a su aceptación por los demás Estados miembros.

II.- EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 2201/2003, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003.

Como bien indica el título del comentario, el tema objeto de análisis se centra en delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003, estableciendo la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en lo referente a los efectos (y no al procedimiento para llevar a cabo los mismos), sustituyendo al anterior Reglamento (CE) 1347/2000.

1.- Visión general de los criterios de aplicabilidad del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 en materia sobre nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio.

La determinación de la competencia en litigios sobre nulidad, separación judicial y divorcio aparece contemplada en los arts. 3 a 7 Reglamento (CE) 2201/2003.

2.- Interpretación y justificación de los foros de competencia del Reglamento (CE) núm.2201/2003 relativos a la determinación de la competencia en litigios sobre nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio.

El Reglamento 2201/2003 establece en su art. 3 una jerarquía de **foros alternativos** para determinar la competencia, basta la concurrencia de uno de ellos, para que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer del asunto litigioso en cuestión. De todos ellos, especial atención merecen:

-El foro de la residencia habitual de los cónyuges, el cual resulta igualmente operativo a pesar de que los cónyuges no tengan domicilio común, si continúan residiendo en el mismo país.

-El foro de la nacionalidad común de ambos cónyuges o en el caso de Reino Unido e Irlanda de su domicilio común. Este foro acarrea un problema: la **dobles nacionalidad**. El Reglamento no contempla solución alguna al mismo, sin embargo, tradicionalmente, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto aplicará sus normas internas para ver cuál nacionalidad debe prevalecer³⁵.

³⁵ STJCE (Sala Tercera), 16 de julio 2009 (As. C- 168/08), *Laszlo Hadadi (Hadady) / Csilla Marta Mesko, esposa de Hadadi (Hadady)*.

3.- Problemas particulares.

• La demanda reconvenzional

El concepto de *reconvencción* es propio del Reglamento y comprende las pretensiones formuladas por los demandados con el objeto de obtener una condena diferente a la desestimación de la demanda inicial.

El órgano jurisdiccional que conoce de la demanda inicial será competente para conocer de la reconvencción si la misma versa sobre materia incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 (art. 4).

• Conversión de la separación judicial en divorcio (Art.5)

El órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una sentencia sobre la separación judicial, será también competente para convertir dicha resolución en divorcio. Ahora bien, la ley interna de dicho Estado debe prever tal posibilidad; sin perjuicio de que el demandante siempre podrá acudir a otro foro de los previstos en el art. 3 Reglamento 2201/2003.

4.- Especial referencia al carácter exclusivo de las competencias de los arts. 3 a 5 y al foro de necesidad del art. 7 Reglamento 2201/2003.

• El carácter exclusivo de las competencias definidas en los arts. 3, 4 y 5.

Un cónyuge con residencia habitual en el territorio de un Estado miembro o nacional de un Estado miembro solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en atención a los arts. 3 a 5 Reglamento³⁶.

• El foro de necesidad: aplicación residual de la dimensión autónoma (Art.7)

A tenor de lo expuesto por el art. 7, la aplicación residual de la dimensión autónoma tiene como finalidad evitar una denegación de justicia en caso de que no sean competentes los tribunales de un Estado miembro en atención a lo dispuesto en el Reglamento.

5.- Interpretación de los artículos 6 y 7 Reglamento 2201/2003 y el Derecho nacional³⁷

Los artículos 6 y 7 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 deben ser interpretados en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de nulidad, separación judicial o divorcio, cuando el demandado no tenga su residencia habitual en un Estado miembro y

³⁶ STJCE, 29 noviembre 2007 (As. C-68/07), *Sudenlin López / López Lizazo* (fundamento nº 13 y 22).

³⁷ STJCE, 29 noviembre 2007 (As. C-68/07), *Sudenlin López / López Lizazo* (fundamento nº 20).

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

no sea nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no podrán fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento.

6.- Fin último del Reglamento 201/2003 en el contexto actual.

En efecto, tal y como se desprende de los considerandos cuarto y octavo del Reglamento núm. 1347/2000, cuyas disposiciones sobre la competencia en asuntos relativos al divorcio han sido retomadas por el Reglamento n° 2201/2003, éste tiene por objeto establecer normas de conflicto coherentes y uniformes en materia de divorcio para garantizar que la libre circulación de personas sea lo más amplia posible. Por tanto, el Reglamento núm. 2201/2003 también se aplica a los nacionales de terceros Estados con vínculos suficientemente íntimos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en dicho Reglamento, criterios que, según el duodécimo considerando del Reglamento n° 1347/2000, se basan en el principio de que debe existir un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia.

“La aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental”

Carla Santa María Orozco

La cuestión prejudicial parte de un recurso presentado por la madre de dos menores contra la resolución del Tribunal Administrativo de Oulu, Finlandia, en la que se confirma la orden de la policía finlandesa de entregar a los menores a las autoridades suecas.

Principalmente la petición del órgano remitente, el Tribunal Administrativo de Oulu, al Tribunal de justicia, consiste en la interpretación del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En cuanto al enfoque de mi comentario, me situé esencialmente en las determinaciones de la sentencia en si el Reglamento es aplicable por así consistir en caso a una conducta de “materia civil” para que así en función de lo que indica el artículo 1, apartado 1 b), se aplique tal, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional.

Comento a continuación la manera en que el Tribunal interpreta y va desglosando, de forma apta, el concepto de responsabilidad parental y posteriormente enfrenta el conflicto de que le presenta El korkein hallinto-oikeus de si las cuestiones del apartado 2 d), que refiere particularmente al acogimiento del menor en una familia o en un

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

establecimiento podría llevar consigo la guarda o únicamente a lo que refiere expresamente.

Adelanto que me parece acertada la manera en que el Tribunal de justicia atiende a los considerandos y así preserva la seguridad de los menores en atención principio de “igualdad de todos los hijos” considerando no la literalidad de las disposiciones sino más una lógica histórica de origen de la norma.

Los antecedentes al recurso presentado por la madre de los menores de donde provienen las cuestiones planteadas y comentadas a continuación son los hechos siguientes:

En fecha 23 de febrero del año 2005, los servicios sociales del municipio de L (Suecia) decidieron asumir la guardia de los menores residentes en dicho municipio con la finalidad de entregarlos en acogimiento a una familia de acogida; el primero de marzo del mismo año la señora C, acompañada de los menores, fijó su domicilio en Finlandia, su nueva residencia tiene efectos desde el primero de marzo del mismo año.

La decisión mencionada supra líneas fue confirmada en fecha 3 de marzo de 2005 por el länsrätten i K län, Tribunal Administrativo Provincial de K, (Suécia), ante el que se había presentado la correspondiente solicitud el 25 de febrero de 2005, procedimiento de aprobación judicial que está previsto por el ordenamiento jurídico sueco en todos los casos en los que la guarda de un menor se asume sin el consentimiento de los padres.

Toda vez que el asunto era competencia de los órganos jurisdiccionales suecos, el Kammarrätten i M, Tribunal Administrativo de Apelación de M (Suecia), desestimó el recurso interpuesto por la Sra. C contra la resolución del länsrätten i K län, competencia que fue confirmada el 20 de junio de 2006 por el Regeringsrätten [Tribunal Supremo Administrativo (Suecia)].

El mismo día en que se pronunció la resolución del länsrätten i K län, la policía sueca solicitó a la policía finlandesa del municipio de H, en el que vivían los dos menores con su abuela, asistencia para la ejecución de dicha resolución. La citada solicitud se presentó sobre la base de la Ley 761/1970; Posterior a la solicitud, mediante orden de 8 de marzo de 2005, la policía finlandesa dispuso la devolución de los menores A y B a las autoridades suecas, la Sra. C interpuso un recurso contra dicha orden ante el Oulun hallinto-oikeus, quien desestimó dicho recurso.

Así entonces la Señora C interpuso recurso de apelación ante el korkein hallinto-oikeus, Tribunal Administrativo Supremo, quien consideró necesaria la interpretación del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 para resolver el litigio principal.

El Tribunal de Justicia integrado por el Sr V. Skouris, Presidente, los Sres, P. Jann, C.W.A. Timmersmans, A. Rosas y A. Tizzano, presidentes de Sala, los Sres, R. Schintgen y J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. J.-C. Bonichot, T. von Danwitz y A. Arabadjiev, Jueces; dictan la sentencia considerando lo siguiente:

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

La decisión relativa a la guarda y al acogimiento de un menor se rige, en Finlandia por el Derecho público y requiere la adopción de una serie de decisiones, ¿Tal resolución debe incluirse en el concepto de materias civiles?, ¿El Reglamento se refiere a la guarda y acogimiento de menores o únicamente a la resolución sobre el acogimiento?

El korkein hallinto-oikeus establece dos supuestos, el reglamento es aplicable a la ejecución en una resolución en donde se ordena tanto la guarda inmediata como el acogimiento de un menor fuera del domicilio de su propia familia, en el domicilio de una familia de acogida, cuando dicha resolución reviste la forma de una decisión única, adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores (como en el supuesto), o por otro lado es aplicable sólo cuando lo dispone el artículo 1, apartado 2, letra d), a la parte de la resolución que se refiere al acogimiento del menor fuera del domicilio de su propia familia, en el domicilio de una familia de acogida; siendo este último se aplica el Reglamento aun cuando está reglado por una normativa en materia de reconocimiento mutuo y de ejecución de resoluciones y de decisiones administrativas que los Estados miembros interesados han armonizado en el marco de una cooperación interestatal.

En función al concepto de responsabilidad parental el Tribunal se manifiesta en sentido de que siendo que se considere una resolución relativa a tal concepto entrará dentro de la aplicación del Reglamento 2201/2003.

Una definición doctrinal de responsabilidad parental señala que es un conjunto de derechos y obligaciones relativos a la persona o a los bienes de un niño (no obstante no son objeto de regulación todas estas relaciones sino únicamente las señaladas en el artículo 1.2), quedando las demás excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento 2201/2003 además garantiza la igualdad de todos los niños concebidos dentro y fuera del matrimonio.

De acuerdo a lo anterior y como también lo establece la sentencia que ahora comento, la guarda no figura expresamente entre las materias de la responsabilidad parental y visto desde este punto no es aplicable el reglamento, a la letra el artículo primero, apartado segundo establece lo siguiente “a responsabilidad parental incluye los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de ley o por un acuerdo con efectos jurídicos”.

Más es importante y concuerdo con el Tribunal de justicia, en cuanto que considera que no obstante lo anterior, no se excluye del reglamento; Señala el Tribunal que dicha interpretación se confirma por el décimo considerando del Reglamento según el cual dicho Reglamento no se aplica a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud, la anterior afirmación confirma que el legislador no pretende excluir del ámbito de aplicación del citado Reglamento la totalidad de medidas pertenecientes al Derecho público.

A juicio personal me resulta apto el argumento del Tribunal, pues cierto es que si hacemos un análisis histórico de la creación de la ley que establece en sus considerandos “Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental,

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

incluidas las medidas de protección del menor” así como “No se pretende que el presente Reglamento se aplica a asuntos tales como los relativos a la seguridad social, a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud”, el ánimo del legislador al aclarar sólo algunas excepciones de aplicación del reglamento en materia de responsabilidad parental, no era excluir la totalidad de las medidas de protección de menores sino solo las establecidas concretamente.

Además en función de lo anterior el Tribunal, no atendiendo a la literalidad de la norma, pero si al origen de tal, señala que debe interpretarse en el sentido de que está comprendida dentro del concepto de materias civiles, en el sentido de esta disposición, una resolución por la que, en unidad de acto, se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen, en una familia de acogida, cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores, es sujeta a la aplicación del régimen del Reglamento 2201/2003.

El tribunal de justicia resuelve haciendo alusión a que la guarda de un menor no está regulada expresamente en las materias del reglamento, artículo primero, apartado segundo, relativas a la responsabilidad parental y por otro, lo anterior no es suficiente para excluir la aplicación del reglamento a una decisión de asumir la guarda de un menor, estamos sin duda frente a una responsabilidad parental pues nos encuadramos dentro del supuesto, frente a materias civiles y por tanto, en función de los considerandos del Reglamento, es aplicable el reglamento para garantizar su objeto de creación, pues es este el objeto de la norma, de derecho y no solo el apego a la legalidad.

Manifiesta también que si se excluye del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 la decisión de asumir la guarda de un menor compromete la eficacia de tal en los Estados en que la protección de los menores requiere que se adopten varias decisiones, más si consideramos que en unos estados solo es consecuencia de una sola decisión estaríamos frente a una violación a la igualdad de trato de menores.

A pesar de lo anterior indican los puntos prejudiciales que existiendo una aplicación uniforme del Reglamento n° 2201/2003 en los Estados miembros que exija que su ámbito de aplicación venga definido por el Derecho comunitario y no por los ordenamientos jurídicos nacionales es apta para garantizar que se alcancen los objetivos que persigue dicho Reglamento, en el caso la igualdad de trato de todos los menores, dicho objetivo queda garantizado si todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del reglamento citado.

Como bien defendía el Abogado General, y señala el Tribunal el concepto de materias civiles debe interpretarse en el sentido de que incluso puede englobar medidas que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de un Estado miembro, están sometidas al Derecho público, por lo que siendo que el legislador comunitario no ha pretendido excluir del ámbito de aplicación del citado Reglamento la totalidad de medidas pertenecientes al Derecho público, concluyendo que la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen, en una familia de acogida, cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

de Derecho público relativas a la protección de menores, está encuadrada dentro del ámbito de validez del Reglamento mencionado y se encuadra dentro del concepto de materias civiles.

En Respuesta a la segunda cuestión, el Tribunal de justicia se manifiesta en el sentido de que cuando exista interacción entre ámbito de validez una cooperación y los principios del ordenamiento jurídico comunitario, a tal cuestión concluye el tribunal que la cooperación debe respetar los principios antes mencionados, por tanto el Reglamento 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional armonizada, relativa al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones administrativas sobre la guarda y el acogimiento de personas, adoptada en el marco de la Cooperación Nórdica, no puede aplicarse a una decisión de asumir la guarda de un menor, incluida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento.

En mi opinión el Tribunal de justicia basa la totalidad de sus conclusiones en motivaciones muy subjetivas, pues no parten de la interpretación literal de supuestos concretos, sino de supuestas interpretaciones a los considerandos del Reglamento y a un principio contenido en el considerando quinto de tal, “la igualdad de todos los hijos”, no quiero decir con esto que estoy en desacuerdo con la resolución a las cuestiones que se plantean, más si considero que las soluciones pretenden preparar el camino al Tribunal Administrativo para continuar con la práctica de acogimiento de los menores sin retrasar el procedimiento para así garantizar el principio de igualdad.

Aunque se pone en duda si la guarda de los menores es materia de aplicación del reglamento, concuerdo con la decisión del Tribunal de justicia de considerar la decisión de tal resolución dentro del ámbito de validez del Reglamento por considerarla comprendida dentro del concepto de materias civiles y por tanto responsabilidad parental, una resolución por la que en unidad de acto, se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen en una familia de acogida, cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores.

Considero adecuada la totalidad de las consideraciones del Tribunal de Justicia, en función de lo anterior me resulta adecuada la interpretación del tribunal al concepto de responsabilidad parental y sus conclusiones en cuanto a la aplicabilidad del Reglamento tan mencionado en virtud de que el origen de la norma fue creado para preservar la seguridad de los menores, garantizar la igualdad de todos lo hijos, además el acogimiento del menor no puede producirse sin la anterior guarda como examinamos en la sentencia.

Para finalizar considero importante mencionar una anotación precisa del Tribunal a la cuestión segunda que resuelve “una norma nacional armonizada, como la Ley 761/1970, no puede aplicarse a una resolución, incluida en el ámbito del Reglamento 2201/2003, por la que se asume la guarda de un menor y se ordena su acogimiento”, deben respetarse los principios del ordenamiento jurídico comunitario y me parece claro un principio que resalta del considerando quinto en donde se menciona el principio de donde surge la mayor parte de mi conformidad con la sentencia “garantizar la igualdad de todos los hijos”.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

En virtud de lo anterior, del principio que resalta el considerando quinto y la decisión que es sin duda pública y encuadrable en el concepto de responsabilidad parental, considero adecuada la decisión del Tribunal de Justicia ante el que se presenta la solicitud de concluir la aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 al caso concreto.

“La aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 en materia de traslado y retención ilícita de menores”

María del Carmen Blanco Hernández

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. – II. ANÁLISIS DEL ASUNTO J. McB CONTRA L.E.: 1. *Supuesto de hecho.*- 2. *Sobre el fondo.*- 3. *Conclusiones.* – BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN

El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980³⁸ ya recogía con anterioridad al Reglamento 2201/2003 este concepto, en su art. 3 estableciendo que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

«a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado».

Por su parte, el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental³⁹, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000 (arts. 71 y 72) recoge en su art. 2 una serie de definiciones entre las cuales en su apartado undécimo se halla la relativa al «traslado o retención ilícita de un menor». Así se prevé en el precepto que se produce un traslado o retención de un menor cuando:

«a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.⁴⁰ Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o

³⁸ En adelante “Convenio de la Haya de 1980”.

³⁹ En adelante “Reglamento 2201/2003”.

⁴⁰ Hasta ahí la definición recogida no aporta novedad alguna respecto de la definición del CH 198. Sin embargo, se matiza que «Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor» [ap. b) in fine, art. 2. 11].

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor».

No obstante, el término “traslado o retención ilícita de un menor” ha sido objeto de controversia a la hora de su aplicación en la práctica con la consiguiente intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para dar interpretación al Reglamento 2201/2003, en su Sentencia de 5 de octubre de 2010 (Asunto J. McB contra L.E.)

II.- ANÁLISIS DEL ASUNTO J. McB contra L.E.

1.- Supuesto de hecho

La petición presentada se enmarcaba en un recurso que se interpuso ante la Supreme Court (Irlanda) por demandante con nacionalidad irlandesa, padre de tres hijos (nacionalidades británica e irlandesa), contra la resolución de la High Court (Irlanda) de 28 de abril de 2010, debido a que éste último órgano jurisdiccional desestimó su solicitud para adoptar una certificación que acreditara que el traslado de los hijos menores al Reino Unido en julio de 2009 por parte de la demandada (nacionalidad británica) era ilícito, conforme al art. 2.11 del Reglamento 2201/2003, y que el demandante era titular de un derecho de custodia en el momento de producirse el traslado. Tanto demandante como demandada nunca contrajeron matrimonio y no existía resolución judicial alguna que le confiriera el derecho de custodia, en el sentido del citado Reglamento, respecto de sus hijos comunes. Por su parte, los órganos jurisdiccionales irlandeses conocieron de esta cuestión, porque el órgano jurisdiccional inglés al que se dirigió el padre para obtener la restitución de los menores le exigió, con arreglo al art. 15 del Convenio de la Haya de 1980 que obtuviera de las autoridades del Estado de residencia habitual de los menores una resolución que acreditara que el traslado que se produjo era de carácter ilícito.

La High Court desestimó la pretensión del demandante, porque en el momento del traslado, éste no tenía el derecho de custodia de los hijos menores, por lo que dicho traslado no podía calificarse de ilícito en el sentido del Convenio de la Haya de 1980 o del Reglamento 2201/2003. El padre interpuso recurso contra la resolución de la High Court ante el órgano jurisdiccional remitente (Supreme Court), el cual consideraba que las disposiciones del Reglamento 2201/2003 no implican que deba considerarse necesario que el padre biológico de un menor tenga un derecho de custodia sobre éste, con la finalidad de determinar si el traslado del menor es ilícito o no. Es por ello, que el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Impide el Reglamento 2201/2003, tanto si se interpreta con arreglo al art. 7 de la Carta como de otro modo, a un Estado miembro exigir en su ordenamiento jurídico que el padre de un menor que no está casado con la madre deba obtener una orden de un tribunal competente que le conceda la guarda y custodia de dicho menor con el fin de considerar que tiene el “derecho de custodia” que determina el carácter ilícito del

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

traslado de ese hijo desde su Estado de residencia habitual, a efectos del art. 2 apartado undécimo, de dicho Reglamento?»⁴¹

2.- Sobre el fondo

En resumen, la pregunta que plantea la Supreme Court es si «el Reglamento 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de guardia y custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este a la obtención por el padre de una decisión del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho de custodia que puede hacer ilícito, en el sentido del art. 2.11, de dicho Reglamento, el traslado del menor por su madre o su no restitución»⁴².

Del derecho de custodia

Del mismo modo que en el art. 2 aparece definido cuándo debe considerarse que se ha producido un traslado o retención ilícita de un menor (núm. 11), en su apartado noveno se recoge la definición de los «derechos de custodia» como “los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”.

En lo que respecta a la designación del titular del derecho de custodia (art. 2.11, letra a) Reglamento 2201/2003) lo que determina el carácter ilícito o no del traslado se sustenta sobre la existencia «de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención». Sin embargo, se observa que en ningún momento se establece quién es la persona que debe tener ese derecho de custodia. De ello se deduce que el Reglamento 2201/2003 no establece quién es la persona que debe tener un derecho de custodia que pueda hacer ilícito el traslado de un menor. No obstante, el precepto remite al ordenamiento jurídico del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o su retención, para que determine las condiciones en las que el padre biológico adquiere el derecho de custodia de su hijo (art. 2.9), condicionando la adquisición de este derecho a la obtención de una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente.

En el ordenamiento jurídico irlandés, el padre biológico no tiene el derecho de custodia de su hijo, salvo que el derecho (corresponde de oficio a la madre) se le conceda por un acuerdo celebrado entre ambos progenitores o por una resolución judicial. Cabe preguntarse entonces, ¿el respeto de los derechos fundamentales del padre biológico y de sus hijos se opone a la interpretación del Reglamento 2201/2003⁴³?

⁴¹ (STJUE 5 de octubre de 2010, §25)

⁴² (STJUE 5 de octubre de 2010, §39)

⁴³ Habida cuenta de lo anterior, procede interpretar el Reglamento nº 2201/2003 en el sentido de que el carácter ilícito del traslado de un menor a efectos de la aplicación de dicho Reglamento depende exclusivamente de la existencia de un derecho de custodia, conferido por el ordenamiento jurídico nacional aplicable, en violación del cual tuvo lugar dicho traslado (STJUE 5 de octubre de 2010, §44)

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El tenor literal del art. 7 de la Carta enuncia que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». La redacción del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es idéntica a la del citado art. 7 de la Carta⁴⁴. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con anterioridad dio respuesta a esta problemática en un asunto similar declarando “que una legislación nacional que concede, de pleno derecho, la patria potestad de tal hijo únicamente a su madre no es contrario al art. 8 del CEDH interpretado a la luz del Convenio de La Haya de 1980, siempre que autorice al padre del menor, que no tiene la patria potestad, a solicitar al juez nacional competente la modificación de la atribución de dicha patria potestad”. Por tanto, para calificar de ilícito un traslado el padre biológico debe tener el derecho de dirigirse al órgano jurisdiccional nacional competente, antes de producirse el traslado, para solicitar que se le conceda el derecho de custodia de su hijo, configurando el derecho de un padre biológico a una vida privada y familiar. No obstante, que el padre no goce automáticamente de ese derecho de custodia tal y como se configura en el art. 2 Reglamento 2201/2003, no supone una afección al contenido esencial de su derecho a la vida privada y familiar, siempre que se proteja el derecho de dirigirse al órgano jurisdiccional nacional competente.

Del interés del menor

El art. 7 de la Carta debe guardar conexión con la obligación de salvaguardar el interés superior del menor, tal y como se recoge en el art. 24 de la Carta⁴⁵. Dicho interés se sustenta sobre el derecho fundamental de mantener de forma periódica relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores (apartado tercero del art. 24).

No obstante, qué se entiende por interés del menor. La doctrina ha señalado que «la concreción de tal noción es harto difícil, a la vez que podría traer aparejada la utilización de definiciones más o menos subjetivas... Dicha noción debería traducirse como el derecho del menor a tener una situación estable, aunque resulta claro que su contenido no debe quedar limitado por este parámetro...»⁴⁶. Resulta «en muchas ocasiones, un concepto infiscalizable que permite un amplio margen de apreciación, e incluso de arbitrariedad, por parte del juzgador... parece clara la imposibilidad de recurrir a un concepto unitario de «interés del menor»»⁴⁷.

Ahora cabe preguntarse si ¿el art. 24 de la Carta se opone a la interpretación del Reglamento 2201/2003?

La interpretación del art. 24 de la Carta (en el sentido del Reglamento 2201/2003) debe ir encaminada a la no oposición de la concesión en exclusiva a la madre del derecho de custodia, sin impedir que el padre sólo disponga de ese derecho en virtud de una resolución judicial. De esta manera, el órgano jurisdiccional nacional competente se

⁴⁴ Salvo en la medida en que utiliza los términos «su correspondencia» en vez y en lugar de «sus comunicaciones».

⁴⁵ Considerando 33 del Reglamento 2201/2003 reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el art. 24 de esta.

⁴⁶ Cfr. SAP de Burgos de 24 de enero de 1991, con «Nota» de D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *REDI*, 1992-30-Pr, págs. 220-223.

⁴⁷ Cfr. SAP de Castellón (Sección Segunda) de 24 de diciembre de 1994, con «Nota» de P. JIMÉNEZ BLANCO, *REDI*, 1996-47-Pr, págs. 287-289.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

encuentra capacitado para tomar una decisión relativa a la custodia del menor, así como sobre el derecho de visita, teniendo en cuenta todos los datos⁴⁸ que guarden conexión con el caso concreto, protegiendo en todo momento el interés superior del menor, conforme al art. 24.2 de la Carta.

3.- Conclusiones

El abogado general Sr. Niilo Jääskinen propone en su opinión⁴⁹ contestar a la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la siguiente manera «El Derecho de la Unión no se opone a que, a efectos del artículo 2, número 11, del Reglamento 2201/2003, para demostrar que se ha producido una infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, la legislación de un Estado miembro exija que el padre de un menor que no esté casado con la madre de éste obtenga del órgano jurisdiccional competente una resolución que le conceda la guarda y custodia de dicho menor de modo que se le reconozca un “derecho de custodia” en el sentido del artículo 2, número 11, del mencionado Reglamento.»

Por su parte, el TJUE llega a la siguiente conclusión en el párrafo 65 de la sentencia, sin distanciarse mucho de la conclusión que el abogado general propuso “El Reglamento 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho que puede hacer ilícito, en el sentido del art. 2, núm.11, el traslado del menor por su madre o la no restitución de este”.

BIBLIOGRAFÍA

- LLAMAS POMBO, E. y MAESTRE CASAS, P., *Nuevos conflictos en Derecho de Familia*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2009, [www.laleydigital.net], (Consultado el 19 de diciembre de 2013).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), TJCE 2010/432, de 5 de octubre de 2010 (Asunto J. McB contra L.E), pp. 6-13.
- Opinión del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen de 22 de septiembre de 2010, pp. 12-18.

⁴⁸ Tales como los mencionados por el órgano jurisdiccional remitente, y, en particular, las circunstancias que rodearon el nacimiento del menor, la naturaleza de la relación entre los padres, la relación entre cada progenitor y el menor, así como la aptitud de cada uno de los progenitores para asumir la carga de la custodia

⁴⁹ Apartado 72 Opinión del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen (p. 9)

1.2.- Interpretación de los foros de competencia contemplados en el Reglamento 2201/2003

A.- Foros de competencia en materia matrimonial

“El concepto de «nacionalidad común» de los cónyuges”

Beatriz Durán Gallego

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Hechos de la sentencia. 3. Regulación de la doble nacionalidad en base a la interpretación del art. 3 Reglamento nº 2201/2003. 4. Problemas planteados. 4.1.- Criterio de efectividad de la nacionalidad. 4.2.- Libertades fundamentales y prohibición general de discriminación en casos de doble nacionalidad.

1.- Introducción

Las resoluciones judiciales relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial, se regulan en el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias.

Dicho Reglamento regula la competencia judicial internacional y establece los foros de competencia en su art. 3. En su apartado b), establece la competencia al tribunal del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges. El problema surge porque el reglamento no dice nada al respecto del hecho de que los cónyuges tengan doble nacionalidad. Sobre este punto se ha pronunciado el TJUE, realizando una interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento, según la cual si los cónyuges tienen doble nacionalidad de dos estados miembros, pueden elegir presentar su demanda ante los tribunales de cualquiera de esos estados miembros.

2.- Hechos de la sentencia

STJCE (Sala Tercera) 16 de julio de 2009. Asunto C-168/08. Laszlo Hadadi (Hadady) y Csilla Marta Mesko, esposa de Hadadi (Hadady). Cooperación judicial en materia civil. Reglamento (CE) núm. 2201/2003.

En 1979, el Sr. Hadadi y la Sra. Mesko, ambos de nacionalidad húngara, se casaron en Hungría. Emigraron a Francia en 1980. En 1985, adquirieron la nacionalidad francesa, de modo que cada uno de ellos tiene las dos nacionalidades, húngara y francesa.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El 23 de febrero de 2002, el Sr. Hadadi presentó una demanda de divorcio ante el tribunal de Pest (Hungría). El 19 de febrero de 2003, la Sra. Mesko presentó ante los tribunales de Meaux (Francia) una demanda de divorcio por culpa

El 4 de mayo de 2004, es decir, con posterioridad a la adhesión de Hungría a la Unión Europea, que tuvo lugar el 1 de aquel mismo mes, fue pronunciado el divorcio entre el Sr. Hadadi y la Sra. Mesko mediante sentencia del tribunal de Pest. En la resolución consta que la mencionada sentencia se convirtió en firme. Esta sentencia de divorcio no fue reconocida por los tribunales franceses basándose en la falta de competencia del tribunal húngaro, ya que la residencia habitual de los cónyuges estaba en Francia

El Sr. Hadadi interpuso recurso de casación contra el auto de la cour d’appel de Paris, reprochando a esta última haber excluido la competencia del tribunal húngaro basándose exclusivamente en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, relativo a la residencia habitual de los cónyuges, sin haber examinado si tal competencia podía resultar de la nacionalidad húngara de ambos cónyuges, tal como está previsto en la letra b) del mismo apartado.

La conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que los cónyuges con doble nacionalidad pueden presentar la demanda de divorcio en el Estado que elijan.

3.- Regulación de la doble nacionalidad en base a la interpretación del art. 3 Reglamento nº 2201/2003.

La Jurisprudencia afirma que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003 no contiene ninguna disposición específica que regule los supuestos de doble nacionalidad, de manera que cada Estado miembro aplica su propio Derecho en materia de nacionalidad en este tipo de situaciones.

En estas circunstancias surge la cuestión de determinar si, dado que –como señala la Sra. Mesko en la sentencia STJCE (Sala Tercera) 16 de julio de 2009, fundamento nº 37 – el Reglamento nº 2201/2003 no regula los supuestos de doble nacionalidad común, el artículo 3, apartado 1, de dicho Reglamento debe interpretarse de distinto modo cuando los dos cónyuges tienen dos nacionalidades comunes y cuando sólo tienen una misma nacionalidad.

A este respecto, la sentencia hace constar que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003 no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el alcance exacto del criterio relativo a la nacionalidad. Y por otra parte, no consta que el Reglamento nº 2201/2003 establezca, al menos en principio, alguna distinción según que una persona posea una sola nacionalidad o, en su caso, varias nacionalidades.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

En el marco del artículo 64, apartado 4 del Reglamento⁵⁰, en el supuesto de que los cónyuges posean a la vez la nacionalidad del Estado miembro al que pertenezca el juez que conoce del asunto y la nacionalidad común de otro Estado miembro, dicho juez deberá tener en cuenta el hecho de que cabría haber sometido legalmente el asunto ante los tribunales de ese otro Estado miembro, en virtud del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 2201/2003, debido a la circunstancia de que los interesados poseen la nacionalidad de este último Estado

Además hay que tener en cuenta que tal como se desprende de su primer considerando, «el Reglamento nº 2201/2003 contribuye a crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantiza la libre circulación de personas nacionalidad». Siendo así, el artículo 3, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento nº 2201/2003 prevé varios criterios para determinar la competencia, entre los cuales no establece ninguna jerarquía. Todos los criterios objetivos enunciados en el citado artículo 3, apartado 1, son alternativos. De modo que el sistema de reparto de competencias instaurado por el Reglamento nº 2201/2003 en materia de disolución del vínculo matrimonial no pretende excluir las competencias múltiples. Al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía.

4.- Problemas planteados

4.1.- Criterio de efectividad de la nacionalidad

Podría decirse que en caso de doble nacionalidad común de los cónyuges, debe prevalecer el criterio de la nacionalidad más efectiva⁵¹. Si los cónyuges residen en el mismo país, el litigio debería ser conocido por ese Estado. La equiparación de las dos nacionalidades desataría una «carrera a los tribunales» y abriría la puerta al abuso, al incitar a cualquiera de los cónyuges a acudir precipitadamente ante los tribunales de un Estado miembro para evitar que el otro cónyuge acuda a los tribunales del otro Estado miembro. A este respecto, el Gobierno polaco considera que no es conveniente atribuir a las partes la elección del tribunal competente, puesto que tal solución supone un privilegio exorbitante para aquellas personas que disfrutan de la doble nacionalidad común y les concede la posibilidad de elegir de facto el tribunal competente, siendo así que el Reglamento nº 2201/2003 no reconoce la misma facultad a las demás personas.

Por otro lado, verificar qué nacionalidad es más efectiva supondría incertidumbre puesto que no existe una definición de tal concepto. Habría que considerar demasiadas

⁵⁰ Las resoluciones judiciales dictadas antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento, pero después de la fecha de la entrada en vigor del Reglamento nº 1347/2000 como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Reglamento nº 1347/2000 serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III del presente Reglamento, a condición de que se trate de resoluciones relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial o a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes dictadas con motivo de estos procedimientos matrimoniales y de que las normas de competencia aplicadas se ajusten a las previstas en el capítulo II del presente Reglamento o del Reglamento nº 1347/2000 o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción.

⁵¹ A este respecto, la Sra. Mesko, en la sentencia STJCE (Sala Tercera) 16 de julio de 2009, basándose en diversos datos y, en particular, en el hecho de que tanto ella misma como el Sr. Hadadi residen en Francia desde 1980, considera que, en el litigio principal, la nacionalidad francesa es la más efectiva.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

circunstancias que quizás llevarían a considerar a dos órganos jurisdiccionales competentes por entender que es más efectiva su nacionalidad.

De este modo, este criterio es desechado por los tribunales en las sentencias que me ocupa analizar y el criterio de tipo cualitativo, como puede ser la efectividad de la nacionalidad, no ha sido recogido en el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento.

4.2.- Libertades fundamentales y prohibición general de discriminación en casos de doble nacionalidad

El Tribunal de Justicia aclaró el significado de las libertades fundamentales y la prohibición general de discriminación en casos de doble nacionalidad. La nacionalidad (común) de ambos cónyuges en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento debe examinarse exclusivamente atendiendo al Derecho nacional. En el caso Laszlo Hadai y Csilla Marta Mesko, se planteó el problema de que con arreglo al Derecho francés, las personas con más de una nacionalidad, incluida la francesa, han de ser tratadas únicamente como nacionales franceses, sin considerar que tienen, además, otra u otras nacionalidades. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales húngaros no se consideraban competentes con arreglo al artículo 3, apartado 1, letra b), para conocer del divorcio del matrimonio Hadadi, puesto que estos –desde el punto de vista francés– son franceses y no húngaros.

Así, el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento excluye tratar a las personas con doble nacionalidad únicamente como nacionales, pues ello les impediría invocar el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (en este caso, Francia) para fundamentar la competencia de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro (Hungría) pese a poseer la nacionalidad del Estado miembro en el que interponen la demanda.

Por tanto, los órganos jurisdiccionales de cada Estado deben aplicar sus normas internas en el marco de la normativa comunitaria general para no atentar contra libertades fundamentales. Los órganos jurisdiccionales de cada Estado, deberán tener en cuenta que los cónyuges también poseen la nacionalidad de otro Estado, por lo que sus órganos jurisdiccionales también habrían debido asumir su propia competencia por razón de la nacionalidad. Ello responde asimismo a los principios de confianza mutua y de reconocimiento recíproco establecidos en el Reglamento, tal como se declara en las conclusiones del Abogado del Estado.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

“La alternatividad de los foros de competencia en materia de crisis matrimoniales”

Cristina Benítez-Cano Pedraza

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- ANÁLISIS DEL ART. 3 R.2201/2003. 1.- Criterio de territorialidad. 2.- Criterio de la nacionalidad. a) Especificación del régimen de transitoriedad. b) Resolución de las cuestiones prejudiciales. III.- INTERPRETACIÓN DEL ART. 3 R.2201/2003. IV.- CONCLUSIONES. Bibliografía.

I.- Introducción.

La regulación de las llamadas crisis matrimoniales ha adquirido una gran relevancia en un tono general, en los últimos tiempos debido a que en épocas pasadas, sobre todo en nuestro ordenamiento jurídico predominaba el matrimonio en su versión católica y la separación y el divorcio era cosa prohibida.

También especialmente en el plano internacional debido a:

- la progresiva internacionalización de los supuestos sobretodo de separaciones judiciales y de divorcios que es debido principalmente a que son frecuentes los movimientos de mano de obra a través de las fronteras y a través del turismo internacional,
- que esta materia se ha desplazado de un ámbito familiar a uno más social, con lo cual la intervención de los poderes públicos adquiere mayor importancia.
- se ha producido un aumento importante en el número de sujetos que solicitan la separación y el divorcio debido a que es mucho más fácil, sencillo y económico.
- que España fue un país de emigración de trabajadores en el pasado, en la actualidad ocurre a la inversa, y también de recepción de turismo.

Con todo ello, podemos concluir que la materia de nulidad, separación judicial y divorcio, es un tema a la orden del día en el Derecho Internacional Privado regulado institucionalmente a través del Reglamento (CE) nº 2201/2003 relativo a la Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, en el que su artículo 3 recoge el régimen de competencia judicial internacional en dichos casos:

Artículo 3. Competencia general. -1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: **a) en cuyo territorio se encuentre:** - la residencia habitual de los cónyuges, - el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o - la residencia habitual del demandado, o - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o - la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o - la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su *domicile*. **b) De la nacionalidad de ambos cónyuges** o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del *domicile* común.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

2. A efectos del presente Reglamento, el término *domicile* se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda.

II.- Análisis del artículo 3 del Reglamento 2201/2003.

De la redacción del mismo podemos extraer dos criterios claramente diferenciados: por un lado el criterio territorial, y por otro el criterio de la nacionalidad.

1. Criterio de territorialidad

Este criterio, enunciado en el apartado 1.a) del art. 3, atribuye el régimen de competencia a los Tribunales de un determinado Estado en función de en qué territorio se encuentre la residencia habitual de ambos, o alguno de los cónyuges en diferentes momentos de la relación conyugal, siguiendo la enumeración que ya hemos transcrito con el artículo en sí en el apartado anterior.

2. Criterio de la nacionalidad.

Alternativamente, el apartado 1.b) nos brinda el criterio de la nacionalidad para atribuir la competencia judicial internacional a los Tribunales de un Estado miembro. Esto es una alternativa al foro del domicilio o residencia habitual en los casos en los que los cónyuges comparten nacionalidad, lo que significa, que en ningún momento hay una clasificación jerárquica entre criterios territoriales y criterios de nacionalidad.

La cuestión que nos planteamos en este estudio, es qué sucede cuando ambos cónyuges tienen doble nacionalidad, coincidiendo las mismas.

El principal problema que se plantea es: ¿qué ocurre cuando se presenta una misma demanda de divorcio en diferentes Estados y se pretende el reconocimiento de la resolución en otro?

a) Especificación del régimen de transitoriedad.

Esta cuestión no plantea ningún problema cuando la resolución se emite con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003, puesto que en su art. 24 prevé que el Estado requerido no tiene por qué comprobar la competencia del Estado de origen a la hora de reconocer o ejecutar la sentencia emitida por el mismo.

El problema viene cuando la resolución es emitida durante el periodo de transitoriedad recogido en el art. 64.4 del Reglamento. Esto hizo que un Tribunal francés planteara tres cuestiones prejudiciales ante el TJUE acerca de cómo resolver la cuestión de la doble nacionalidad común entre los cónyuges a la hora de determinar los regímenes de competencia de los Tribunales.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

b) Resolución de las cuestiones prejudiciales.

La primera cuestión que se plantea es *¿en caso de doble nacionalidad, se debe dar preferencia a la del foro?* Desde el punto de vista francés, la respuesta a esta pregunta era afirmativa, todo ciudadano que detentara la nacionalidad francesa sería considerado como ciudadano francés, sin tener en cuenta el resto de sus nacionalidades. Sin embargo, el TJUE resolvió que:

“Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba comprobar, con arreglo al artículo 64, apartado 4, del Reglamento nº 2201/2003, si un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen de una resolución habría sido competente con arreglo al artículo 3, apartado 1, letra b), dicho Reglamento, no ha de considerar únicamente nacionales a los cónyuges que poseen ambos la nacionalidad de los dos Estados miembros mencionados. Por el contrario, debe tener en cuenta que los cónyuges también posean la nacionalidad del Estado miembro de origen, cuyos órganos jurisdiccionales, por lo tanto, habrían sido competentes para resolver.”

La segunda cuestión que se plantea es la de si *se debe tender a la exclusión de la nacionalidad menos efectiva*. En el punto 58 de las conclusiones del Abogado General que intervino en el caso Hadidy Vs. Mesko lo explica muy bien cuando se refiere a:

“58. Estos objetivos apuntan en el sentido de que las personas que hagan uso de su libertad de circulación deben poder elegir flexiblemente el foro de competencia. Así, para ellas será más sencillo dirigirse a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que tengan su residencia habitual. Pero también puede que prefieran dirigirse a los órganos jurisdiccionales de su Estado de procedencia, cuya lengua dominan mejor y con cuyo sistema judicial y ordenamiento jurídico están más familiarizados. Por eso, el artículo 3, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento nº 2201/2003 deja abierta la posibilidad de diversos foros de competencia que, a diferencia de algunos foros del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Bruselas), no han sido jerarquizados.”

Y es que, efectivamente, si solo se tuviera en cuenta la nacionalidad más efectiva, se estarían limitando las posibilidades de elección, siendo determinante en la mayoría de las situaciones el lugar de la residencia habitual, dejando prácticamente inservible el apartado b) del art. 3.1, haciéndolo constar así en la misma sentencia del TJUE de este mismo caso, también en su apartado 58:

“58. En tales circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que, cuando cada uno de los cónyuges posea la nacionalidad de dos mismos Estados miembros, el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 2201/2003 se opone a que se excluya la competencia de los tribunales de uno de dichos Estados miembros por el mero hecho de que el demandante carezca de otros puntos de conexión con dicho Estado. Antes al contrario, los tribunales de los Estados miembros cuya nacionalidad posean los cónyuges son competentes en virtud de la citada disposición, pudiendo estos últimos elegir libremente el tribunal del Estado miembro ante el que se sustanciará el litigio.”

A esto, la señora Mesko, cuya demanda fue presentada ante los tribunales franceses (lugar de su residencia habitual y de su segunda nacionalidad), con posterioridad a su marido, que la presentó en los tribunales rumanos (lugar de su primera nacionalidad), le encuentra el inconveniente de que su marido, ha interpuesto la demanda en Rumanía, porque la ley que se aplicará al divorcio a falta de pacto será la del foro, y está es más beneficiosa para él, argumentando que deberían ser los tribunales franceses los realmente competentes porque si no se verían envueltos en una carrera a los tribunales para ver quien interpone la demanda primero. A colación de este

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

argumento aparece la tercera cuestión prejudicial, que aunque aparece contestada ya por el TJUE en el fragmento transcrito la expondremos igualmente: *¿se puede elegir con absoluta libertad entre los dos foros de las nacionalidades detentadas?* Como bien se expone en el apartado 58 de la sentencia, la respuesta es afirmativa, y así lo viene a corroborar también el apartado 66 de las conclusiones del abogado general estableciendo que:

“66. De ello se desprende necesariamente una facultad de elección para el demandante. A este respecto, no es contrario al Reglamento que la persona con doble nacionalidad pueda elegir entre los órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros que sean competentes en virtud únicamente de la nacionalidad. Dado que el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento prevé que ambos cónyuges posean la nacionalidad del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda, la aplicación de esta disposición garantiza que los dos tengan la misma relación con ese foro de competencia y que no se pueda acudir a un órgano jurisdiccional cuya competencia resulte totalmente imprevisible o lejana para uno u otro de los cónyuges.”

Y es que, para solucionar este tipo de supuestos de litispendencia o conexidad entre casos, el Reglamento prevé la solución en su art. 19, en el que se establece que el tribunal ante el que se haya interpuesto la demanda en segundo lugar, deberá suspender el proceso hasta que se compruebe la competencia del tribunal en el que se presentó la primera demanda, y de ser efectivamente competente, deberá inhibirse a favor del mismo. Como ya hemos dicho, esto es consecuencia de la “*negation des conflits de lois*” o “ceguera” del Reglamento ante los conflictos de leyes, eligiendo así el tribunal competente en virtud de que la ley del foro sea más ventajosa o no.

III.- Interpretación del art. 3 del Reglamento.

A la hora de resolver este tipo de cuestiones, así como para comprender la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales presentadas, no debemos obviar, que el Reglamento 2201/2003 es un cuerpo legal promulgado para ser aplicado en armonía con el acervo comunitario, no debiendo olvidar que su interpretación debe encuadrarse, como la de cualquier otra ley, en los criterios de: literalidad, histórico, contextual, sociológica, teleológica...

Conjuntamente, podemos observar que atendiendo al tenor literal, el propio Reglamento en su art. 3 no quiere dar preferencia a ninguno de los dos criterios (territorial o de nacionalidad), puesto que no se atribuye jerarquía alguna en el mismo.

Por otro lado, si nos fijamos en su finalidad, el considerando primero del Reglamento aboga por contribuir a crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantiza la libre circulación de personas.

IV.- Conclusión.

Con todo lo expuesto, podemos concluir que lo que pretende el Reglamento 2201/2003 con su reparto de competencias en materia de disolución del vínculo matrimonial no es excluir las competencias múltiples, sino prever expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes entre los que no se establezca jerarquía,

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

siendo en cualquier caso —excepto en los excluidos expresamente en el propio artículo (Irlanda y Reino Unido)— los tribunales de otros Estados miembros cuya nacionalidad posean los cónyuges competentes para conocer de las acciones interpuestas en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA.

* Jurisprudencia:

- Sentencia Del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) – Asunto C-168/08, Hadidy Vs. Mesko.
- Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott sobre el Asunto C-168/08, Hadidy Vs. Mesko.

* Legislación:

- Reglamento (CE) nº 2201/2003 sobre la Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental.

B.- Foros de competencia en materia de responsabilidad parental

“El concepto de «residencia habitual del menor»”

Irene Cea Morán y Noelia García Sánchez

Sentencia del tribunal de justicia (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009: En el asunto C-523/07

Tres menores se instalan en Suecia con su madre y con su padrastro. Las autoridades finlandesas, habían asumido la guardia y custodia de los hijos debido a la violencia ejercida por su padrastro sobre ellos. Dicha medida fuese suspendida y la familia se trasladó a Finlandia viviendo de manera errante en una caravana y sin que los hijos tuvieran acceso a la escolarización

Posteriormente la familia solicitó una vivienda social ante los servicios sociales finlandeses el comité de garantías asumió la guarda de los menores en Finlandia y los alojó en un establecimiento de acogida. La madre y el padrastro solicitaron la anulación de dicha medida y el comité de garantía desestimó dicha solicitud, asumiendo la guardia de los menores y alojándolos en un establecimiento de acogida.

La madre interpuso recurso ante una autoridad finlandesa solicitando anulación de dichas decisiones así como la restitución de la guardia de sus hijos precisando que cuando se trasladó a Suecia los hijos se quedaron con la hermana del padrastro.

El órgano jurisdiccional desestimó el recurso y confirmó las decisiones impugnadas y lo motivó argumentando que en base al artículo 15.1 de la ley de asistencia social-, el comité de garantía había intervenido en el marco de sus competencias. Del mismo modo este órgano incidió sobre el mal estado en el que se encontraban los niños al no haber recibido escolarización y haber permanecido en un entorno inestable, poco seguro y errante.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Por último, la madre interpuso un recurso contra dicha resolución alegando la incompetencia de los tribunales finlandeses para conocer del asunto. Dijo que los menores son ciudadanos suecos desde el 2 de abril del 2007 y que tienen su residencia habitual en Suecia y por ello los órganos competentes deberían ser los tribunales suecos.

Por su parte, el Korkein hallinto-oikeus⁵² consideró interpretar el reglamento 2201/2003 y por tanto planteó una serie de cuestiones prejudiciales ante el TJUE para que éste se pronunciara acerca de lo siguiente:

-En primer lugar , si cabe en el ámbito de aplicación del reglamento “materias civiles” una resolución por la cual se decide asumir la guardia inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de derecho público relativas a la protección de menores.

El tribunal interpreta el sentido del artículo 2.7 del reglamento, y dice que la responsabilidad parental incluye los derechos y obligaciones conferidos en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por acuerdo con efectos jurídicos. Además añade que de las materias que incluye la responsabilidad parental una de ellas es el acogimiento de un menor en una familia o establecimiento.

Del mismo modo hace alusión a los considerandos 5 y 10 del reglamento para determinar que se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor así como hacer notar la exclusión de medidas de derecho público si bien no a la totalidad de las medidas.

El abogado general, sobre esta primera cuestión dispuso que ya quedó resuelta en el asunto C-435/06, por lo que estima no hacer más alusiones al respecto y concluir con que el objeto del litigio está incluido dentro del concepto de “materias civiles” del reglamento 2201/2003.

-En segundo lugar, se plantea una cuestión sobre el concepto de “residencia habitual” del menor.

Para determinar este punto, el TJUE se ha basado en los artículos 8.1 y 13.1 del reglamento 2201/2003.

El artículo 8.1, establece la competencia judicial internacional de los tribunales del estado en el que se encuentre la residencia habitual del menor en el momento en que se inicia el procedimiento.

El artículo 13.1 tiene la solución para el caso en que no se pueda determinar la residencia habitual del menor, y dice que en tal caso, serán competentes los tribunales del Estado miembro en el que esté presente el menor.

⁵² Korkein hallinto-oikeus: Tribunal Administrativo Supremo de Finlandia.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Sin embargo, la mera presencia física del menor en un estado no puede determinar su residencia habitual en el mismo. Y para delimitar el concepto de “residencia habitual” es necesario acudir a las disposiciones del reglamento, pues del artículo 8.1 no se extrae remisión alguna al ordenamiento interno de los estados miembros. Atendiendo por tanto al considerando 12, las normas de competencia del reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental, éstas deben entenderse siempre en función del interés del menor y el criterio de proximidad.

Además “la presencia física del menor en un estado debe entenderse atendiendo a la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un estado miembro y el traslado de la familia a dicho estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho estado”. Por ello, el hecho de que los menores permanecieran en un estado miembro en el que lleva una vida errante es un indicio de que los menores no tienen residencia habitual en dicho estado.

El TJUE finalmente llega a la conclusión basada en el artículo 8.1 según el cual el cual se obtiene la interpretación del concepto “residencia habitual” del menor antes mencionada, y establece la competencia de los órganos nacionales para determinar la residencia habitual teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

Como no se puede determinar el estado de la residencia habitual de los menores, los tribunales del estado en el que esté presente el menor adquieren la competencia para conocer del asunto en virtud del artículo 13.1 del reglamento.

El abogado general, en relación con esta segunda cuestión planteada al TJUE, dice que el reglamento no contiene una definición precisa del concepto de residencia habitual por lo que solo puede inferirse de tal, una cierta estabilidad o regularidad de la residencia.

Para determinar su contenido, el abogado general lleva a cabo un análisis en cuatro fases: una primera relativa a las reglas de competencia del reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental, otra en la que analiza la relación entre el reglamento y los convenios multilaterales, la tercera referida a la relevancia jurisprudencial del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en la normativa en materia de función pública y derecho social y la última fase referida a las consecuencias para la interpretación del concepto de residencia habitual en el sentido del reglamento 2201/2003

De esta manera, en primer lugar, precisa que la residencia habitual debe diferenciarse de la simple presencia. Dicha presencia física de un menor en un Estado miembro fundamenta la proximidad geográfica con los órganos jurisdiccionales de ese estado miembro. Por ello el artículo 13 del reglamento atribuye competencia supletoria a los tribunales del Estado en el que se encuentra el menor, pero queda desprovista de fundamento cuando se comprueba la residencia habitual en otro Estado

En segundo término, hace referencia a la interacción entre el reglamento y los convenios multilaterales con los que se relaciona por tener éstos una regulación de la

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

competencia judicial internacional en materia de derecho de custodia del menor. Así, en virtud de los artículos 60 y 61, establece la relación con el Convenio de la Haya de 1996, así como el Convenio de la Haya de 1961, el Convenio Europeo de 1980 y el Convenio de la Haya de 1980.

Del análisis de sus disposiciones en esta materia, el abogado general concluye diciendo que los convenios multilaterales aplicables prescinden de manera consciente de dar una definición de residencia habitual y ceden a los órganos jurisdiccionales la función de precisar este concepto en el marco de la apreciación de los hechos en el caso concreto.

En tercer lugar, y en relación a la jurisprudencia del TJUE se toma en consideración la definición dada por éste en otros ámbitos jurídicos: *“la residencia habitual es el lugar en el que el interesado ha fijado, con la intención de conferirle o carácter estable el centro permanente o habitual de sus intereses. A efectos de determinar la residencia habitual es preciso tener en cuenta los elementos de hecho constitutivos de ésta y en particular la residencia efectiva del interesado”*.

Sin embargo la representantes de Finlandia, Alemania y Reino Unido se negaron a adoptar esta definición para concretar la “residencia habitual del menor” en el sentido del reglamento 2201/2003.

El abogado general establece que el Reino Unido tiene razón al afirmar que el concepto de residencia habitual dado por el tribunal de justicia para interpretar las disposiciones en materia social no se puede extrapolar al reglamento 2201/2003 dado que las respectivas normativas persiguen objetivos diferentes.

Por último, el abogado concluye que la residencia habitual del menor debe entenderse como el lugar en el que el menor tiene su centro de vida tras haberse apreciado los hechos relevantes en su totalidad y en particular la duración y la regularidad de la residencia, así como la integración familiar y social del menor. Y sólo cuando resulte imposible determinar la residencia habitual del menor y no pueda atribuirse la competencia en virtud del artículo 12, serán competentes de acuerdo con el artículo 13.1 los tribunales del Estado miembro en el que esté el presente menor.

-La tercera cuestión a dilucidar por el TJUE versa sobre la determinación de los requisitos de la guarda de menores como medida cautelar en virtud del art 20.1 del reglamento, y si sobre dicha medida puede aplicarse con arreglo al derecho nacional así como si dichas disposiciones nacionales son vinculantes. Y por último si tras la adopción de esa medida cautelar, los autos deben trasladarse al órgano jurisdiccional competente de otro estado miembro.

El TJUE se basa en el artículo 20.1 del reglamento que establece que en caso de urgencia las disposiciones de dicho instrumento no impedirán que los tribunales de un estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho estado miembro, aun cuando en virtud de sus disposiciones, un órgano de otro estado miembro fuera competente para conocer del fondo.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

De ello se desprende que los órganos jurisdiccionales de un estado miembro aun no siendo competentes para conocer del fondo del asunto pueden acordar medidas en materia de responsabilidad parental si se cumplen tres requisitos: las medidas deben ser urgentes; deben adoptarse frente a bienes o personas presentes en el estado miembro en el que ejerce su competencia el órgano jurisdiccional ante el que se inicie el procedimiento; y deben tener carácter provisional. Para determinar qué entendemos por medidas urgentes, el propio reglamento no contiene ninguna disposición al respecto, por lo tanto hay que acudir a las medidas urgentes establecidas en la legislación del estado que las va a acordar. Además de ello, el TJUE hace mención al artículo 15 del reglamento, en el que se establece que si los órganos jurisdiccionales de un estado miembro competente considera que un tribunal de otro estado con el que el menor tenga vinculación especial, está mejor situado para conocer del asunto, podrán solicitar a dicho tribunal que ejerza su competencia.

Las medidas tienen carácter transitorio, sin embargo, el tribunal competente puede adoptar medidas definitivas en función de la situación del menor, la evolución previsible de ésta y la eficacia de las medidas provisionales adoptadas. El órgano jurisdiccional que haya adoptado las medidas provisionales o cautelares deberá informar al órgano competente de otro estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada por el artículo 53 del reglamento.

Por su parte, el abogado general desglosa esta tercera cuestión atendiendo a cada una de las preguntas formuladas por el tribunal; Así, en cuanto a la primera pregunta, señala que el artículo 20.1 del reglamento ha de interpretarse en principio de manera estricta, sin embargo en caso de urgencia, debe permitirse a los órganos jurisdiccionales adoptar todas las medidas necesarias en interés del menor. Esto es, solo pueden ser adoptadas dichas medidas por los tribunales del estado miembro en relación con menores que estén presentes en dicho Estado, sólo en caso de urgencia, es decir, cuando se considere que la defensa del interés del menor exige una actuación inmediata; y solo se permiten medidas provisionales.

En cuanto a la segunda pregunta, establece que corresponde al órgano jurisdiccional remitente decidir qué medidas pueden ser adoptadas según el derecho nacional y si las disposiciones nacionales son vinculantes.

Por último, se señala que el deber de remisión de las medidas cautelares adoptadas no sería necesario sin embargo el reglamento no lo prohíbe, por ello dicha información puede transmitirla a través de la autoridad central.

- La última cuestión es la referida a la determinación de si en el caso de que los órganos de un estado miembro carezcan de competencia, dicho órgano debe declararse incompetente sin estar obligado a remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional. Pero siempre que la protección del interés del menor lo requiera, el órgano que se haya declarado de oficio incompetente, deberá remitir el asunto al órgano jurisdiccional competente de otro estado miembro directamente o por medio de la vía del artículo 53 del reglamento.

El TJUE para dilucidar esta última cuestión hace alusión al artículo 17 del reglamento en el cual se establece claramente lo siguiente: “*el órgano jurisdiccional de*

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

un estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente reglamento no establezca su competencia, y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro estado miembro, se declarará de oficio incompetente”.

El artículo 15 en materia de responsabilidad parental, es el único que prevé que se solicite a los órganos jurisdiccionales de otro estado miembro que ejerzan su competencia.

El abogado general señaló que un órgano jurisdiccional que no fuere competente para conocer del fondo del asunto ni para adoptar medidas provisionales, se declarará incompetente de acuerdo con el artículo 17. Por otra parte, no se prevé el traslado de los autos al órgano jurisdiccional competente sin embargo, el reglamento no impide esta posibilidad y el órgano ante el que se ha planteado el asunto podrá informar sobre su decisión al órgano jurisdiccional competente, directamente o por medio de las autoridades centrales.

**Sentencia del tribunal de justicia (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010:
En el asunto C-497/10 PU**

Una pareja que no había contraído matrimonio, en la que la mujer tiene nacionalidad francesa y el nacionalidad inglesa, tienen una hija de nacionalidad francesa, y la semana siguiente al nacimiento de la menor, la pareja se separa abandonando él, la vivienda familiar. Dos meses después de la separación, la mujer abandona el estado de Inglaterra dirigiéndose a la isla de reunión (Francia), su país de origen, sin avisar a su ex pareja y padre de la menor de dicha salida del estado pero unos días después de su marcha le escribió una carta explicándole las razones de su marcha.

La residencia habitual de la menor antes de su salida del estado, se encontraba en Inglaterra, y dado que conforme al derecho nacional británico la madre de la menor es la única que dispone de un derecho de custodia el traslado de la menor a Francia ha de considerarse como un traslado lícito.

Días después de la marcha de la mujer y su hija, el padre de esta ultima hace una llamada al juez Holman, para que inicie las averiguaciones oportunas y presenta una demanda ante “la High Court of justice”⁵³ solicitando la atribución de la responsabilidad parental, la residencia compartida y el derecho de visita, y ese mismo día sin que la mujer tuviera conocimiento de la demanda, el juez ordena en un auto el regreso de la menor al estado de Inglaterra.

Tras la presentación de dicha demanda por el padre de la menor ante los tribunales británicos, la madre interpone una demanda ante los tribunales franceses al objeto de obtener la responsabilidad parental exclusiva y la fijación de la vivienda de la menor en la vivienda de la madre en Francia. Y dos meses después, el padre de la menor presenta ante los mismos tribunales una demanda para que se ordene la restitución de la menor al estado de Inglaterra, en virtud del Convenio de la Haya de 1980.

⁵³ La High Court of justice: Es el tribunal superior de justicia de Inglaterra, tradicionalmente conocido como el tribunal superior de justicia de Inglaterra y de Gales.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Los instrumentos que aquí resultan aplicables son: el reglamento 2201/2003 y el Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores.

Son 3 las cuestiones prejudiciales que se plantean para que sean resueltas por el TJUE:

1- se solicita al TJUE que resuelva la cuestión sobre la determinación de la residencia habitual de la menor.

2- Se solicita al TJUE que resuelva la cuestión sobre si un órgano jurisdiccional puede constituir una institución u organismo al que pueda atribuirse un derecho de custodia a efectos del reglamento 2201/2003.

3- Se solicita al TJUE que resuelva la apreciación de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en caso de cambio de residencia, y por consiguiente, que resuelva la cuestión sobre la existencia de resoluciones contradictorias dictadas por tribunales de diferentes estados sobre el mismo objeto, con la misma causa y entre las mismas partes.

PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El tribunal parte de la base de que estamos ante una situación relativa al traslado de una menor lactante a un estado miembro de dicho reglamento distinto del de su residencia habitual y donde se encuentra desde hace tan solo unos días desde que se presenta el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del estado miembro del que fue trasladada la menor, por lo que resultara aplicable el artículo 8 del reglamento 2201/2003 que establece la competencia del órgano jurisdiccional de un estado miembro en materia de responsabilidad parental en caso de traslado lícito de un menor a otro estado miembro, y se determinara mediante el criterio de la residencia habitual del menor cuando se presenta la demanda.

Hay que considerar como residencia habitual aquella en la que la menor tenga cierta integración en un entorno social y familiar, y corresponde a los tribunales nacionales determinar ese lugar, y para ello tendrán que analizar si la residencia en dicho estado otorga una estabilidad suficiente como para poder considerarla como residencia habitual, por lo que se atiende a la duración de la presencia de la menor en dicho lugar y también a la voluntad del interesado, en este caso, de la madre de la menor, puesto que el entorno de una menor de corta edad es determinado por la persona que vive con ella, con el fin de otorgar ese carácter de estabilidad.

Conforme al artículo 16 del reglamento se entiende presentada la demanda interpuesta por el padre de la menor, ante los tribunales ingleses, cuando ésta ya estaba en el estado francés desde hacía 4 días.

Para resolver esta cuestión, se acude al artículo 10 de dicho instrumento, conforme al cual estamos ante un traslado lícito puesto que no concurren en este caso las circunstancias previstas para considerar que sea un traslado ilícito.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El tribunal inglés ante el que se presenta la demanda y que conoce del asunto resuelve que no se puede identificar la residencia habitual del menor, atendiendo a las condiciones de regularidad, estancia y duración y motivos del traslado, por lo que la determinación del órgano jurisdiccional competente habrá de determinarse conforme al artículo 13 del reglamento 2201/2003 que establece que en ese caso, serán competentes los tribunales del estado en el que se encuentre el menor, por lo que en este caso resultarían competentes los tribunales franceses conforme a dicho precepto.

En **opinión del abogado general**: al encontrarnos ante un caso de traslado lícito de una menor, conforme al artículo 9 del reglamento 2201/2003, dicho traslado conlleva en realidad también la transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales del estado al que se traslada la menor, puesto que están en mejor situación en virtud del principio de proximidad. Y además, conforme a dicho precepto, considera que se ha de presumir, cuando así lo indiquen las apariencias, el traslado al estado miembro como indefinido y debería ser el padre quien demostrase que dicho traslado no es tal.

Además, hay que considerar la voluntad de la madre a la hora de determinar la residencia habitual del menor, puesto que era la única titular de la autoridad parental de la menor cuando se produce el traslado, ya que en algunos estados (entre ellos Inglaterra) los derechos en materia de responsabilidad parental y de custodia no se confieren automáticamente al padre natural cuando hay un vínculo matrimonial entre los progenitores, sino que éste podrá obtenerlos con el consentimiento de la madre en su defecto mediante resolución de los órganos jurisdiccionales competentes. Por lo que la madre, conforme a lo que establecen los artículos 3 y 5 del CH es la única persona que disponía de un derecho de custodia.

Sin embargo, la marcha lícita de un estado miembro y el establecimiento en otro distinto no conlleva de forma automática e inmediata la adquisición de una nueva residencia en el estado al que se realiza el traslado.

Una aspecto que resulta relevante es la cuestión de si el traslado y la consecuente pérdida de residencia habitual en el estado miembro del que se produce el traslado conlleva necesariamente la adquisición de la nueva residencia en el estado de destino, una persona solamente puede tener una residencia habitual por lo que habría de considerarse que son hechos simultáneos siempre y cuando se tenga por objeto permanecer de forma estable en el estado de destino.

De tal manera, que es debido a esto que el padre de la menor considera que aunque la marcha de la menor del estado de Inglaterra no era ilícita en un principio, la no restitución de la menor a dicho estado si es ilícita puesto que dicha restitución es impuesta por los tribunales ingleses.

El abogado general concluye que el órgano jurisdiccional que conoce de la demanda deberá determinar teniendo en cuenta el interés superior del menor (y no de los progenitores) la residencia habitual de la menor, apreciando todas las circunstancias específicas de la situación.

Y en concreto, en este litigio, el tribunal deberá determinar si el traslado da lugar a la pérdida de residencia en el estado miembro del que se traslada y a la adquisición

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

inmediata de una nueva residencia habitual en el estado miembro de destino, para lo que hay que tener en cuenta la voluntad de la madre como única titular del derecho de custodia de la menor de establecer en el estado de destino su residencia habitual y será al padre a quien le corresponda demostrar que dicha intención no era tal.

SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Para responder a esta solicitud hay que atender a los preceptos 10 y 11 del reglamento 2201/2003, que son los que mencionan en relación con el derecho de custodia “a un organismo o institución”. Pero este instrumento no define que entiende por organismo o institución, por lo que atendiendo a la jurisprudencia establecida al efecto (Sentencia McB ⁵⁴) no se manifiesta objeción, de forma mayoritaria, a la atribución de un derecho de custodia al órgano jurisdiccional.

El abogado general considera, que, en interpretación de los artículos 2, 7, 9 y 11 del reglamento 2201/2003, se puede interpretar que un órgano jurisdiccional de un estado miembro puede constituir una institución u organismo en el sentido de estos, al que se puede atribuir un derecho de custodia a efectos del reglamento siempre que la concesión de ese derecho este prevista por la ley en el ordenamiento jurídico del estado miembro.

TERCERA CUESTION PREJUDICIAL

Aquí hay que tener en cuenta las opiniones de las partes involucradas y de los órganos jurisdiccionales de los estados miembros (Inglaterra y Francia) que entran a conocer del asunto dictando cada uno su correspondiente resolución.

En cuanto a la posición de la madre, alega que al tratarse de un traslado lícito no resultara aplicable el artículo 10 del reglamento 2201/2003, ya que los órganos jurisdiccionales del estado miembro requerido (Francia) han denegado la restitución de la menor en virtud del CH. Por lo que considera que corresponde en todo caso a los órganos jurisdiccionales resolver el asunto aplicando el artículo 15 de dicho instrumento en virtud del superior interés del menor.

Sin embargo, el padre considera que el tribunal francés ante el que la madre presenta la segunda demanda debería haber suspendido el procedimiento, puesto que existía una demanda previa ante otro tribunal que trata esta cuestión.

La comisión considera al respecto de esta tercera cuestión, que el tribunal inglés ante el que el padre presenta la primera demanda solicitando es competente en virtud del artículo 8 del reglamento 2201/2003 si se cumple el requisito de residencia habitual por lo que la resolución que dicte dicho tribunal será ejecutiva, de tal manera que cuando se interponga otra demanda ante un órgano jurisdiccional de otro estado miembro que tenga la misma causa, objeto y entre las mismas partes, éste ultimo deberá suspender el procedimiento.

⁵⁴ Sentencia McB: STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-400/10 PPU

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

El tribunal inglés, no es competente en virtud del artículo 10 ya éste no resulta aplicable porque estamos ante un traslado lícito, sin embargo, la sola presentación de la demanda ante dicho órgano aunque sea con un fundamento que no resulta aplicable al caso, da lugar a que haya que tratar la cuestión de litispendencia cuando se haya presentado una demanda ante los órganos jurisdiccionales de otro estado miembro.

En cuanto a la competencia del estado requerido, Francia, los órganos jurisdiccionales franceses resultan competentes en virtud del CH y no del artículo 11 del reglamento 2201/2003, puesto que este último exige que para que sea competente el tribunal tiene que haberse producido un traslado ilícito, lo cual no sucede. Los tribunales franceses desestiman la demanda del padre para la restitución de la menor ya que este no disponía del derecho de custodia sobre la menor, conforme a los artículos 3 y 5 del CH.

Aquí es donde entramos en la cuestión de litispendencia a que se refiere esta última cuestión, es decir, si son competentes los tribunales franceses para conocer del litigio sobre la responsabilidad parental o sería competente el tribunal inglés ante el que se presenta la primera demanda. Nos encontramos con dos situaciones:

1º coexisten dos resoluciones contradictorias: El tribunal inglés se considera competente en atención del reglamento 2201/2003, mientras que el tribunal francés basa su competencia en el CH. El tribunal inglés considera que procede la restitución de la menor, conforme a los artículos 10 y 11 del reglamento 2201/2003. Mientras que el tribunal francés deniega la solicitud realizada por el padre sobre la restitución de la menor, conforme al CH.

El abogado general resuelve esta cuestión, en consideración del artículo 11.8 del reglamento 2201/2003, ya que este prevé la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de un estado miembro competente en virtud de dicho instrumento adopte una resolución que ordene la restitución de la menor con posterioridad a una resolución de no restitución en virtud del artículo 13.

2º coexisten dos resoluciones contradictorias donde ambos órganos jurisdiccionales fundamentan su competencia en el reglamento 2201/2003.

En este caso, el abogado general establece que atendiendo a lo dispuesto por el artículo 19.2 del reglamento relativo a la litispendencia, correspondía al tribunal francés suspender el procedimiento hasta que se hubiera determinado la competencia del tribunal inglés ya que es ante este órgano ante el que se presenta la primera demanda.

BIBLIOGRAFÍA:

Aranzadi Westlaw: Sentencia McB: STJUE (Tercera Sala) de 5 de octubre de 2010, asunto C-400/10 PPU, sobre Filiación no matrimonial.-guardia y custodia-.

Google Traductor:

<http://translate.google.es/?hl=es#fi/es/Korkein%20hallinto-oikeus>

Google Traductor:

<http://translate.google.es/?hl=es#en/es/High%20Court%20of%20justice%3A>

“La adopción de medidas provisionales o cautelares”

Graciela Villegas Solalinde

SUMARIO: I.- Resumen de sentencia: 1.- Objeto del proceso. 2.- Partes que concurren. 3.- Vía por la que se presentó. 4.- Hechos. 5.- Decisión final del tribunal. 6.- Norma que utiliza. 7.- Pasos interpretativos que conducen al tribunal a la solución determinada. II.- Comentario y opinión personal.

I.- Resumen de sentencia:

1.- Objeto del proceso:

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 20 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000 (DO L 338, p. 1); esta se da en base a una decisión prejudicial planteada mediante la resolución de 19 de octubre de 2009, registrada en el Tribunal de Justicia el 20 de octubre de 2009.

2.- Partes que concurren:

La petición se presentó en un litigio entre la Sra. Jasna Detiček y el Sr. Maurizio Sgueglia en relación con la custodia de su hija, Antonella.

3.- Vía por la que se presentó:

Materia civil relativo a cuestión matrimonial y de responsabilidad parental establecido en el Reglamento 2201/2003 así como también sobre medidas provisionales sobre el derecho de custodia, traslado ilícito del menor

4.- Hechos:

Jasna Detiček, de nacionalidad eslovena, y Maurizio Sgueglia, de nacionalidad italiana, ambos cónyuges vivieron en Italia y tuvieron una hija. Comenzaron a tramitar el procedimiento de divorcio en Italia en el año 2007 y el juez italiano competente para conocer sobre el fondo decidió conceder provisionalmente al padre la custodia de la menor y su acogimiento en una Casa de Acogida en Roma. El mismo día en que se dictó la medida provisional, la madre regreso a Eslovenia con la menor, instalándose ambas en ese país. El 28 de noviembre de 2008, la madre presentó y solicito una

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

demanda de medidas provisionales solicitando que le concedieran la custodia de su hija y esta le fue concedida el 9 de diciembre del 2008, el tribunal motivó su decisión en el cambio de circunstancias y en el interés de la menor ya que está ya estaba integrada en Eslovenia; el juez esloveno estimaba que su regreso a Italia y su acogimiento en un establecimiento serían contrarios a su bienestar, por lo que podrían provocarle un perjuicio físico y psíquico definitivo.

Con esto el padre interpuso un recurso de oposición contra ese auto ante el mismo órgano jurisdiccional pero este fue desestimado mediante auto de medidas provisionales de 29 de junio de 2009. El tribunal basa la adopción de la medida cautelar en las disposiciones del art. 20 del Reglamento nº 2201/2003 en relación con el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980.

La cuestión que se planteaba para el Tribunal era determinar si el órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la menor podía adoptar dicha medida provisional con arreglo al art. 20 del Reglamento 2201/2003.

5.- Decisión final del tribunal:

El art. 20 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, en lo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, no permite que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro.

6.- Norma que utiliza el tribunal:

En primer lugar, el art. 20.1, del Reglamento 2201/2003 permite a un órgano jurisdiccional que no es competente para conocer del fondo adoptar, con carácter excepcional, cuando la urgencia del caso lo requiera, una medida provisional o cautelar en relación con personas o bienes presentes en el Estado miembro al que pertenece. El Tribunal de Justicia declaró que la aplicación del art. 20.1, del Reglamento 2201/2003 está sometida a tres requisitos acumulativos: las medidas de que se trata deben ser urgentes, deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro en el que ejerce su competencia el órgano jurisdiccional ante el que se inicie un procedimiento y deben tener carácter provisional.

En este caso concreto, el Tribunal de Justicia indicó que «[las medidas provisionales adoptadas con arreglo al art. 20.1 del Reglamento 2201/2003] son aplicables a los menores que teniendo su residencia habitual en un Estado miembro

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

residen con carácter temporal u ocasional en otro Estado miembro y se encuentran en una situación que puede perjudicar gravemente a su bienestar, incluida su salud, o su desarrollo, por lo que está justificada la adopción inmediata de medidas de protección.» Por lo antes mencionado, en el caso de autos no concurren los requisitos necesarios para la aplicación del art. 20.1, del Reglamento 2201/2003. Así pues, procede declarar que el órgano jurisdiccional de primera instancia ante el que presentó su demanda la madre no es competente para pronunciarse sobre ella y que, en cualquier caso, no podía dictar las resoluciones adoptadas.

7.- Pasos interpretativos que conducen al tribunal a la solución determinada

Dado que el art. 20.1, del Reglamento nº 2201/2003 faculta a un órgano jurisdiccional que no es competente para conocer del fondo para adoptar, una medida provisional en materia de responsabilidad parental, debe considerarse que el concepto de urgencia contenido en esa disposición se refiere a la vez a la situación en la que se encuentra el menor y a la imposibilidad práctica de presentar la demanda sobre la responsabilidad parental ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo.

De la resolución de remisión se desprende que en su auto de 9 de diciembre de 2008, el Okrožno sodišče v Mariboru destacó la existencia de una situación de urgencia en el sentido del art. 20.1 del Reglamento 2201/2003, al referirse al cambio de circunstancias producido desde que el Tribunal de Tivoli adoptó la medida provisional en materia de responsabilidad parental que atribuía la custodia exclusiva de la menor a su padre, sin embargo, las circunstancias invocadas no permiten fundamentar la existencia de urgencia en el sentido del art.20.1, del Reglamento 2201/2003.

Teniendo en primer lugar, el reconocimiento de una situación de urgencia en un caso como el de autos sería contrario al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en los Estados miembros instaurado por el Reglamento nº 2201/2003, principio que se basa, como resulta del considerando vigésimo primero de dicho Reglamento, en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros.

En segundo lugar, en este asunto, el cambio en la situación del menor resulta de un traslado ilícito en el sentido del artículo 2.11, del Reglamento 2201/2003. En efecto, la medida provisional ordenada por el Okrožno sodišče v Mariboru no se basa únicamente en el artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, sino también en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, que sólo se aplica en caso de traslado o retención ilícitos.

El reconocimiento de una situación de urgencia en un caso como el de autos sería contrario al objetivo del Reglamento 2201/2003, que es evitar los traslados o retenciones ilícitos de menores entre Estados miembros.

Para terminar se hace alusión a los derechos fundamentales del menor, como ejemplo el mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus padres, esto establecido en el art. 24.3, de la Carta, y para este caso debe señalarse que el traslado ilícito de un menor, como consecuencia de una decisión adoptada

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

unilateralmente por uno de sus progenitores, priva a menudo a dicho menor de la posibilidad de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con el otro progenitor.

II.- Comentario y opinión personal:

Por lo anteriormente mencionado y en lo que respecta a mi opinión sobre este asunto en particular hare referencia primeramente en lo relacionado con la definición de un traslado ilícito de menores desde dos legislaciones, primeramente en lo establecido en el art. 3 del Convenio de la Haya de 1980, este indica que se considera un traslado ilícito «Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención», en segundo lugar tenemos lo establecido en el art. 2.11 del R2201/2003 teniendo en cuenta que se considera traslado ilícito cuando «se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial [...] de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado [...] y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención».

Teniendo estas dos definiciones considero que nos encontramos ante un traslado ilícito de un menor ya que la madre abandono la residencia habitual tanto de ella como de la menor siendo esta Italia, teniendo en consideración que ya se había determinado una resolución provisional del órgano jurisdiccional italiano en la cual la menor permanecería en custodia del padre, además esto fue realizado sin el consentimiento del padre; por lo que claramente se observa un traslado ilícito de un menor de edad llevado a cabo por la madre.

También se podría tener en cuenta que el padre interpuso inmediatamente después un recurso de oposición contra el auto dictado por los órganos jurisdiccionales de Eslovenia ante ese mismo órgano jurisdiccional pero este fue desestimado mediante un auto de medidas provisionales ya que al parecer se cumplía lo establecido en el art 13 del convenio de la Haya, pero aquí me surge una cuestión ya que como bien lo indica el art. 12 del mismo convenio de la Haya «Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

procedimiento o rechazar la solicitud del menor» Con esto dicho podemos dar a entender que por la rapidez con la que actuó el padre es un tanto imposible que la menor se hubiera adaptado tan fácilmente a su entorno en Eslovenia ya que la vida de Antonella se dio en Italia, donde era su residencia habitual anteriormente.

Aquí surge otra cuestión porque el Tribunal de Justicia no actúa así en el reconocimiento de la resolución que se tenía dictada con anterioridad por órganos jurisdiccionales italianos en Eslovenia, ya que el padre interpuso este recurso para restitución de su menor hija a través de la ejecución; teniendo entonces como resultado que el órgano jurisdiccional italiano tiene su competencia jurisdiccional excluyendo la competencia de cualquier otro órgano jurisdiccional remitente, esto de acuerdo con lo establecido en el art. 10 del R2201/2003 ya que según este el órgano jurisdiccional competente es aquel del estado miembro de la UE donde tenía su residencia habitual el menor antes de que lo hayan trasladado ilícitamente.

Al igual que lo establecido en la opinión del Abogado general estoy de acuerdo en que debe tenerse en cuenta la modificación como consecuencia del traslado ilícito de la menor, ya que por el hecho de que sea un menor de edad debe velarse siempre por sus intereses mencionando con esto así como también se hace en el comentario del abogado el considerando 33 del R2201/2003 afirmando lo siguiente «concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Después de leer esto y teniendo en cuenta los intereses de la menor, el órgano italiano pudo haber tomado otra actitud respecto al órgano que conoció de la acción ejercida por el padre de la menor en el momento de ejecutar la resolución.

Tanto en el Reglamento 2201/2003 como en el Convenio de la Haya, nos encontramos con diversas medidas cautelares que los órganos jurisdiccionales deben tomar como protección para los menores, con esto nos damos cuenta de cierta ayuda que se da entre los órganos de los estados miembros velando siempre por los intereses de los menores para que puedan ser restituidos inmediatamente a su residencia habitual anterior de haberse cometido el traslado ilícito de estos. En este sentido, el procedimiento de protección se aplica tanto para evitar un daño a los derechos del menor, como para restaurarlos si ya se han visto vulnerados. Los órganos jurisdiccionales en general tienen la obligación de garantizar a todo menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, su derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afecten, debiendo tenerse en cuenta dichas opiniones, en virtud de su edad y madurez.

C.- Traslado o retención ilícita de menores y atribución de la competencia judicial internacional

“La competencia de las autoridades de la residencia habitual del menor”

Sandra García García

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONFLICTO: i) Resumen de los hechos. ii) Exposición del problema jurídico. III. SOLUCIÓN DEL TJUE. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Con el fenómeno, cada vez mayor, de globalización que estamos viviendo en nuestros días, la sociedad es cada vez más heterogénea, creciendo las relaciones entre individuos de diferentes nacionalidades. Pero ello lleva aparejado, en ocasiones, problemas de Derecho Internacional Privado.

Existe una diversidad de normas para la resolución de este tipo de conflictos, sin embargo no siempre su interpretación es clara. En la STJUE de 1 de julio de 2010 que aquí se trata, es el juez de un Tribunal austriaco quién plantea una cuestión prejudicial rogando el esclarecimiento de determinadas disposiciones.

II. CONFLICTO

i) Resumen de los hechos

El caso se plantea a partir de la separación de una pareja no casada: el Sr. Alpago (nacionalidad italiana), y la Sra. Povse (nacionalidad austriaca). Dicha relación, de la cual es fruto una niña nacida en Italia, donde ambos residen, en 2006, finaliza en el año 2008. Conforme al Derecho italiano la patria potestad de la menor correspondía a ambos progenitores. Tras la separación, la Señora Povse abandonó el domicilio familiar, llevándose consigo a la menor.

El padre solicita a los Tribunales italianos la custodia exclusiva de la menor, así como la prohibición sobre la madre de abandonar el país con la menor; el Tribunal accede a prohibir a la madre, provisionalmente, abandonar Italia con la menor (febrero de 2008).

Por su parte, la madre solicita la custodia exclusiva ante los tribunales italianos, y pese a la prohibición que pesa sobre ella, se traslada a Austria con la menor. Ante estos hechos, el padre solicita la restitución de la menor ante los Tribunales austriacos (abril de 2008).

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Seguidamente, en mayo del mismo año, los tribunales italianos, sin pronunciarse aun de forma definitiva sobre la custodia, retira la prohibición de salida que pesaba sobre la madre, y concede, de forma provisional, la custodia a los dos progenitores conjuntamente, otorgando a la madre el derecho exclusivo de decidir sobre la vida cotidiana de la menor, y permitiendo que ésta resida en Austria, así como estableciendo un régimen de visitas para el padre. Esta resolución italiana es desconocida en este momento por el Tribunal Austriaco.

A partir de este momento, y hasta 2010 –momento en que se plantea cuestión prejudicial por parte del Tribunal austriaco-, se ha producido una constante emisión de resoluciones alternativas y contradictorias por parte de los tribunales austriacos e italianos, considerándose ambos competentes para conocer del asunto.

Así las cosas, se produce un conflicto positivo de competencia, dado que no queda acreditada la competencia exclusiva de uno de los Tribunales conforme a las disposiciones del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, R2201/2003), y que ambos órganos jurisdiccionales alegan para fundamentar su competencia.

ii) Exposición del problema jurídico

Hemos de partir de la idea de que nos encontramos ante un traslado ilícito de un menor, dado que ambos progenitores compartían la custodia de la menor, y pesaba sobre el sujeto sustractor una prohibición expresa de abandonar el país con la niña al momento del traslado.

Siguiendo con esta idea, hemos de tener en cuenta el art. 10 del R2201/2003, en el cual fundamenta su competencia el tribunal italiano, según el cual:

“En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un periodo mínimo de un año desde que la persona, institución y organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiere debido tener concomiendo del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes [...]”

Por su parte, los tribunales austriacos fundamentan su competencia en el art. 15, apartado 5, del mismo instrumento jurídico, según el cual los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro podrán declararse competentes si por las condiciones específicas del asunto, ello beneficia el interés superior del menor, debiéndose en este caso inhibirse el órgano jurisdiccional en el que se presentó inicialmente la demanda (argumento que el Tribunal italiano niega).

Además, los Tribunales austriacos basan la incompetencia de los tribunales italianos en el art. 10, apartado b), inciso iv) del mismo instrumento jurídico:

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

“que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”.

Desde mi punto de vista este problema podría haberse evitado si, conforme al art. 10 del R2201/2003, desde un primer momento los tribunales austriacos hubiesen reconocido su incompetencia, dado la ilicitud del traslado de la menor, con independencia de las posteriores resoluciones del Tribunal italiano - *perpetuatio jurisdictionis* -, y hubiesen restituido a la menor cuando el padre así lo solicitó. Sin embargo, los hechos han transcurrido de esta manera, y hemos de continuar analizando los hechos.

Como hemos dicho con anterioridad, el problema, tras la emisión de diferentes resoluciones contradictorias por parte de ambos tribunales, deriva en una cuestión prejudicial, planteada por los tribunales austriacos. Esta se refiere, en primer lugar, a si podríamos entender o no, que la resolución dictada por el tribunal italiano en el mes de mayo sobre la custodia provisional, ha de ser considerada como una “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor” en los términos del inciso iv) del art. 10, y en consecuencia, transmisora de la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado receptor.

En segundo lugar, el órgano remitente duda si el art. 11, apartado 8 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una resolución de un órgano competente ordenando la restitución del menor únicamente, deba estar comprendida en el ámbito de aplicación de esta disposición, si se basa en una resolución definitiva del mismo tribunal relativa al derecho de custodia del menor.

En tercer lugar, se pregunta si, según el art. 47, apartado 2, párrafo 2º del R2201/2003, una resolución dictada por el órgano de acogida, ejecutiva conforme a su legislación, y que atribuye la custodia provisional al progenitor sustractor, se opone a la ejecución de una orden certificada de restitución dictada anteriormente por el Estado de origen.

Y por último, el Tribunal austriaco plantea la duda sobre si el Estado de ejecución puede denegar la ejecución de una resolución por considerar, que debido a un cambio sustancial de las circunstancias, podría suponer un perjuicio al interés superior del menor; o si por el contrario, dicho Estado requerido debe invocar tal modificación circunstancial al Estado de origen, suspendiendo el proceso de ejecución hasta que termine el procedimiento en el Estado del que fue sustraído ilícitamente el menor.

III. SOLUCIÓN DEL TJUE

La STJUE es bastante esclarecedora. De una forma ordenada va interpretando y aclarando las dudas del Tribunal austriaco.

En cuanto a la primera cuestión, el TJUE parte de la idea de que el objetivo del R2201/2003 es evitar la sustracción ilícita de menores entre Estados miembros, y, de no

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

evitarse, conseguir la restitución del menor lo antes posible. De manera que, si esto es precisamente lo que se pretende evitar, sería contrario otorgar efectos jurídicos a este acto en el sentido de que ello conllevarse una transferencia de la competencia judicial.

De ello deriva que el TJUE considere que los incisos del art. 10, por los cuales puede llegar a transmitirse la competencia a favor del Estado receptor, hayan de ser interpretados de forma restrictiva.

Ello también atiende al interés del menor, el cual se vería perjudicado si el Tribunal de la residencia habitual del menor sustraído viese restringida su capacidad de decisión por estos incisos, de manera que para no perder su competencia, no pudiese dictar una resolución, “aún cuando los intereses del menor lo exigieran” (párrafo 47, p. 10, STJUE 1 de julio de 2010).

Así, el TJUE considera que para que la resolución cumplierse los requisitos exigidos por el inciso iv) del art. 10, y pudiese considerarse que tal decisión del Tribunal transmite la competencia al Estado receptor, habríamos de entender tal resolución como «definitiva», lo cual no sucede en este supuesto, dado que la resolución dictada por el órgano italiano en mayo de 2008, tiene un carácter meramente provisional.

Por lo que se refiere a la segunda duda, el TJUE es claro al establecer que tal interpretación haría depender la ejecución de una resolución por la que se ordena la restitución de un menor ilícitamente sustraído, de la existencia de una resolución previa sobre la custodia del menor, como si de un requisito previo se tratar, lo cual no puede deducirse para nada del art. 11 del Reglamento, y mucho menos de su apartado 8, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Aún cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”.

Por otro lado, se recuerda que ya en otras ocasiones el Tribunal ha reconocido el carácter «autonomía procedimental» del que gozan este tipo de resoluciones con el fin de acelerar el proceso de restitución del menor.

Además, se parte de la idea de prevalencia del R2201/2003 sobre el Convenio de la Haya de 1980 (en base al art. 60 de aquel) en la relaciones entre los Estados miembros, de manera que no sería posible basar la no restitución por parte del Estado al que el menor ha sido trasladado ilícitamente, pues prevalecerá la competencia que el Reglamento otorga al órgano de origen en relación a la restitución del menor.

Igualmente, el TJUE argumenta que el fin de celeridad que persigue el Reglamento en estos asuntos, así como la prioridad otorgada al tribunal de origen difícilmente serían compatibles con la exigencia del requisito previo de que exista una resolución definitiva sobre el derecho de custodia –lo cual, por otra parte, supondría un

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

menoscabo del interés del menor en tanto que obligaría al tribunal a tomar decisiones precipitadas, y en consecuencia, desacertadas-.

Por último, se hace referencia al derecho del menor, recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de mantener una relación directa, personal y periódica con ambos progenitores; derecho que ha sido vulnerado con la decisión adoptada de forma unilateral por la madre de la sustracción ilícita de la menor. En este sentido, la resolución pidiendo la restitución de la menor, no trata más que de restablecer estas relaciones entre padre e hija que se han visto interrumpidas, y que por tanto, redundan en el interés superior de la menor.

En referencia a la tercera pregunta, la contestación parte del Considerando 24, art. 42.1 y art. 43.2 del Reglamento, según los cuales, contra la expedición de un certificado no cabe recurso alguno, lo cual conlleva a que esta resolución goce de fuerza ejecutiva. Así las cosas, el órgano del Estado requerido solo podría oponerse a tal resolución serían relativas al procedimiento de rectificación o a dudas sobre su autenticidad. Por el contrario, todas aquellas cuestiones relativas a la competencia del órgano que ha dictado dicha resolución, solo pueden plantearse ante dicho órgano, conforme a su legislación.

En consecuencia, ese “carácter incompatible” del que se habla relativo a la interpretación del art. 47, apartado 2, párrafo 2º, del Reglamento entre una resolución certificada y una resolución ejecutiva posterior, solo puede plantearse si ambas fuesen dictadas por el mismo órgano: el tribunal competente del Estado de origen. Y es que, tal y como declara esta sentencia, de no ser ésta la interpretación, se estaría dejando sin efecto al art. 11, apartado 8 del R2201/2003 –el cual concede al juez competente el derecho de decidir-, y en consecuencia, se estaría otorgando competencia al órgano jurisdiccional del Estado de ejecución para decidir en cuanto al fondo del asunto.

En cuanto a la cuarta cuestión, el TJUE considera que el cambio significativo de las circunstancias es una cuestión de fondo, y que por tanto conllevará posibles cambios en la resolución dictada por el órgano competente, pero que para nada ha de constituir un cambio en el reparto de competencias.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, de las interpretaciones que el TJUE ha realizado sobre este caso a partir de las cuestiones prejudiciales planteadas, se derivan las siguientes conclusiones:

- El art. 10, letra b), inciso iv) del R2201/2003 ha de interpretarse en el sentido de que una medida provisional no constituye una “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”, y en consecuencia, no puede fundamentar la transmisión de la competencia a los Tribunales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente.

- El art. 11, apartado 8, del R2201/2003 debe entenderse en el sentido de que una resolución del órgano competente que ordena la restitución del menor está comprendida

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

en el ámbito de dicha disposición -aun cuando no esté precedida de una resolución definitiva del mismo órgano relativa al derecho de custodia-.

- El art. 47, apartado 2, párrafo 2º del R2201/2003 ha de ser considerado en el sentido de que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional de ejecución relativa al derecho de custodia provisional –aun cuando sea considerada conforme a su ordenamiento jurídico-, no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada con anterioridad por el Tribunal del Estado del que fue sustraído ilícitamente el menor y que ordena la restitución de éste.

- Por último, un Estado miembro no puede denegar la ejecución de una resolución por considerar que una posterior modificación sustancial de las circunstancias podría suponer un perjuicio en el interés superior del menor, si no que el tribunal requerido debe informar de tales cambios al tribunal de origen, ante el cual deberá además presentarse una demanda de suspensión de la ejecución de su resolución.

1.3.- La interpretación de las “normas de aplicación” del Reglamento 2201/2003

A.- El control de oficio

“Responsabilidad parental y control de oficio de la competencia”

Mariana Castro Echavarría

Para resolver la cuestión planteada partiendo de la Sentencia del Tribunal de Justicia relativa al asunto C-523 de 2007 es preciso señalar que esta resolución hace hincapié en diferentes asuntos que le fueron presentados al Tribunal pero que el análisis que se hará a continuación debe circunscribirse a la materia que resulta de interés primario: el control de oficio de la competencia judicial internacional en materia de Responsabilidad Parental.

El tema del control de la competencia judicial internacional en materia de Responsabilidad Parental resulta interesante a la hora de indagar por la relevancia del interés superior del menor en el Derecho Internacional Privado y en particular en lo relativo al Derecho de Familia pues, según indicaré en lo sucesivo de este comentario, es este principio el que finalmente obliga a que los jueces se declaren de oficio incompetentes cuando no concurre ningún foro del Reglamento 2201/2003 que les atribuya competencia para tomar decisiones de Responsabilidad Parental respecto de un menor.

El control de oficio que se posiciona como la cuestión que sirve de base para este comentario radica entonces en la obligación del juez de declararse de oficio incompetente cuando así lo mande el caso en el que no pueda tomar una decisión de Responsabilidad Parental.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Ahora, la decisión judicial a partir de la cual parte este comentario es la Sentencia del Tribunal de Justicia dictada el 2 de Abril de 2009. Esta es una sentencia interpretativa del Reglamento 2201/2003, del Consejo, del 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de Responsabilidad Parental. En dicha sentencia se interpretan diferentes disposiciones, entre ellas los considerandos 12 y 14 y los Artículos 8.1, 15.1 y 20.1 pero la disposición cuyo análisis encierra el asunto de interés para este comentario es el Artículo 17 referente a la declaración de oficio de la incompetencia del juez.

La sentencia de la cual me dispongo a comentar fue instada a causa de que una mujer sueca impugnó la competencia de la autoridad finlandesa que decidió alojar a sus tres hijos en un establecimiento de acogida como consecuencia de un supuesto abandono de los mismos. La señora interpuso recurso contra la resolución que contenía tal decisión alegando la falta de competencia de esas autoridades pues los menores eran suecos y tenían en Suecia su residencia habitual desde el 2 de Abril de 2007, y que por lo tanto el asunto estaba comprendido dentro del ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales suecos.

Lo que aquí fue adoptado por las autoridades finlandesas fue una medida cautelar consistente en la asunción de la guarda de unos menores. El Tribunal Administrativo Supremo Finlandés planteó la cuestión al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, planteándole preguntas relativas a la forma correcta de entender la residencia habitual del menor, qué requisitos se exigen para que las autoridades de un Estado miembro puedan adoptar medidas cautelares inmediatas, entre otras cuestiones prejudiciales.

Así pues, si bien tanto en la Sentencia como en las conclusiones que permitieron que esta se dictase se resuelven cuestiones relativas a la correcta manera de interpretar aquello que debe entenderse por Residencia Habitual de acuerdo con el Reglamento 2201/2003, y que en ambos documentos se recogen explicaciones relativas a la inclusión de las medidas cautelares sobre responsabilidad parental dentro de las materias civiles sobre las que cabe la aplicación del Reglamento, la única cuestión que realmente debe interesarnos para este comentario es la cuarta cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, pues esta versa sobre aquello que pueden y deben hacer los órganos jurisdiccionales cuando carezcan de toda competencia.

Lo que se le pide al Tribunal con respecto a la interpretación del Artículo 17 del Reglamento, es decir, la petición que se enmarca dentro de la cuarta cuestión es que el Tribunal dilucide si en el caso en el que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro carezca de toda competencia dicho órgano debe declararse incompetente o debe remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado Miembro⁵⁵.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea STJCE Del 2 de Abril de 2009, número 66.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Debido a que en esta cuestión el Tribunal debió pronunciarse en atención a una disposición del Reglamento en particular, el Artículo 17 del mismo, me permito transcribir lo que esta disposición reza:

«El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente».⁵⁶

Ante la cuestión relativa al control, el Tribunal interpretó el Reglamento de manera que halló que en este nunca se establece la obligación de remitir el asunto a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro cuando aquellos que primero recibieron tal asunto se hayan declarado de oficio incompetentes. Es decir, en la sentencia se plantea que el control de la competencia tiene una única fase que sería la de la declaración de incompetencia pero que el segundo paso hacia la remisión del caso a otros órganos no es un paso obligado por las disposiciones del Reglamento 2201/2003.

Diferente es lo que se establece con respecto al deber de informar acerca de la declaración de incompetencia y de las razones que llevaron a esta, pues dicho deber sí se menciona en el Reglamento atendiendo al principio del que ya he comentado y que está siempre presente en todo el Derecho de Familia; el principio del interés superior del menor. Este deber se expresa en el Artículo 53 del Reglamento.

Así entonces considero pertinente resumir todo lo hasta ahora comentado acerca de la Sentencia, en un párrafo de esta en el que se recoge la idea principal de aquello que el Tribunal quiso dilucidar con respecto a la cuarta cuestión ya presentada en párrafos anteriores. Este párrafo responde a lo que debe entenderse por control de la competencia judicial internacional en materia de decisiones relativas a la Responsabilidad Parental y más adelante podrá tenerse más claridad sobre las implicaciones de estas palabras cuando pase a comentar las conclusiones realizadas por la Abogada general en relación a esta misma sentencia.

« Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión, que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el supuesto de que carezca de toda competencia, deberá declararse de oficio incompetente sin estar obligado a remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional. Sin embargo, siempre que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional nacional que se haya declarado de oficio incompetente deberá informar de ello al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada de conformidad con el artículo 53 del Reglamento.»

Habiendo ya comentado acerca del pronunciamiento del Tribunal en la sentencia ya citada, es pertinente ahora repasar un poco lo que se dice en las conclusiones expuestas por la abogada general, la Sra. Juliane Kokott, con relación a esta misma resolución y que fueron presentadas en 29 de Enero de 2009.

En estas conclusiones, la abogada señala que en el Reglamento no se encuentra prevista la obligación consistente en que el órgano jurisdiccional que no tiene fundamentada su competencia deba trasladar los autos relativos al caso al órgano

⁵⁶ Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, Artículo 17.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

jurisdiccional que sí es competente. Así se ve pues que el control del que trata el Artículo 17 debe interpretarse como un control meramente declarativo y pasivo, por dar algunas palabras que expresen el hecho de que el control de la competencia judicial internacional en esta materia no exige traslados o remisiones. La abogada también señala que el órgano competente debe esperar a que el juez o tribunal que recibe el caso se declare incompetente para decidir sobre ello y así poder actuar; queda claro entonces también a partir de estas conclusiones de la abogada que la comunicación e información acerca de la declaración de incompetencia sí que son importantes y obligatorias.

Me llamó la atención una de las conclusiones expuestas por la abogada pues en ella se plantea la hipótesis de que la obligación de remisión existiera pero se dan razones para explicar el porqué del sinsentido de dicha hipótesis. Pareciéndome interesante dicha conclusión, procedo a transcribirla para dejar al lector de este comentario pensando sobre el control de la competencia en materia de Responsabilidad Parental y de posibles explicaciones sobre la omisión del legislador de una estricta obligación de remisión:

«Además, un órgano jurisdiccional que no era competente cuando le fue sometido un asunto, puede serlo posteriormente en el marco de un segundo procedimiento si durante el primer procedimiento la residencia habitual se traslada al Estado miembro del que se trata. Por lo tanto, es posible que un deber de remisión al órgano jurisdiccional competente en el momento de la presentación de la demanda tampoco tenga sentido. »

Finalmente es preciso terminar este comentario dejando claro que en cualquier caso, el Reglamento no impide al órgano jurisdiccional incompetente informar sobre su decisión al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que considere competente. Para ello puede servir de las autoridades centrales mencionadas en el Artículo 55 del Reglamento. Esta información, la cual no se regula en ninguna parte del Reglamento, no vincula al órgano jurisdiccional que la recibe pues este último siempre podrá comprobar por sí mismo si es o no es competente. En todo esto radica nuestra cuestión de interés; el control de la competencia judicial internacional en materia de Responsabilidad Parental de acuerdo con las disposiciones del Reglamento 2201/2003.

BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea STJCE Del 2 de Abril de 2009.

- Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000.

-Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 29 de enero de 2009 (1) Asunto C- 523/07.

2.- La interpretación del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

2.1.- La interpretación de los criterios de aplicabilidad del Reglamento 4/2009

A.- Ámbito material de aplicación del Reglamento 4/2009

“El concepto de «obligación de alimentos»”

Julia Aguilar Aguilar y María Ares Lozano

SUMARIO: 1.- Introducción.- 2.- Otras normas internacionales en materia de alimentos. 3.- Reglamento 4/2009. 4.- Jurisprudencia aplicable a la interpretación del Reglamento 4/2009. 5.- Conclusión.

1.- INTRODUCCIÓN.

Veremos el contenido del Reglamento 4/2009 en cuanto a su competencia judicial internacional, la ley aplicable en materia de alimentos y el régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones en esa materia. Éste es el primer instrumento que ofrece una respuesta a esas cuestiones de forma particular, puesto que, normas internacionales anteriores se referían a esta materia pero no de forma tan concreta como el Reglamento 4/2009.

En cuanto al concepto de “obligación de alimentos” del Reglamento 4/2009, se hace mención al mismo en la Exposición de motivos del Reglamento, concretamente en el Considerando número 11, estableciéndose lo siguiente:

El ámbito de aplicación del Reglamento debería extenderse a todas las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad, a fin de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores de alimentos. A los fines del presente Reglamento, el concepto de «obligación de alimentos» debería interpretarse de manera autónoma.

Por tanto establece que la interpretación de este concepto será en cuanto a un concepto autónomo, es decir, independiente al concepto de “obligación de alimentos” de cada Estado en particular.

Al no establecer este Reglamento un concepto claro, haremos referencia al mismo basándonos en las distintas normas internacionales que también se refieren a esta materia y en jurisprudencia en cuanto a esta materia.

2.- OTRAS NORMAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE ALIMENTOS.

a) Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero.

Este convenio tiene su origen en el problema de que existiesen personas sin recursos que tuviesen derecho a obtener alimentos, pero que su alimentante se encontrase en el extranjero. Esto suponía el problema de que, aunque en un Estado se determinase la obligación de prestar alimentos por parte de una persona, si se encontraba en otro Estado, esta obligación no se hacía efectiva.

Este instrumento da la posibilidad a los alimentistas de ejercitar acciones para hacer efectivo su derecho de alimentos entre Estados parte del mismo Convenio.

Hemos hecho referencia a que este Convenio es para hacer posible la obtención de alimentos entre personas de diferentes Estados, pero este Convenio no resuelve la duda de qué se encuentra dentro del derecho de alimentos, cuál es el concepto de alimentos.

b) Convenio de 15 de abril de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias.

Este Reglamento tiene el fin de asegurar el mutuo reconocimiento y ejecución por los Estados contratantes de decisiones de carácter interno o internacional relativas a reclamación de alimentos por un hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo que no esté casado y tenga menos de 21 años cumplidos, como lo regula su art. 1.

De tal modo que las decisiones que se dicten en uno de los Estados contratantes respecto a materia de alimentos, deberán ser reconocidas y declaradas ejecutivas en los demás estados contratantes sin necesidad de revisión del fondo.

c) Convenio de la Conferencia de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a obligaciones alimenticias.

Este convenio es referido a la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Este Convenio aclara cualquier duda que exista pero solo en cuanto a la aplicación del mismo a las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados. Sobre todo, la necesidad de introducir una norma que regule la pensión que se le debe al esposo divorciado en particular. Así se indica en su art. 8.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

d) Convenio de la Haya de 1996.

Este convenio sustituye al Convenio de la Haya de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores.

Este convenio se refiere a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Dentro de la materia responsabilidad parental se encuentra la obligación de los progenitores a prestar alimentos a sus hijos; pero este Convenio solo se refiere a los alimentos entre los mismos. No se refiere al derecho de alimentos entre parientes en general.

En el art. 3 se establece una lista ejemplificativa de los casos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de este Convenio. Dentro del ejercicio de responsabilidad parental y dentro del derecho relativo al cuidado de la persona del niño se encuentra el derecho de alimentos, pero relativo solo a los menores de 18 años, como se establece en el art. 2.

Este convenio nos habla de la responsabilidad parental pero no especifica el concepto de obligación de alimentos.

e) Reglamento 44/2001.

Este Reglamento sustituye al Convenio de Bruselas de 1968.

En este Reglamento no se establece un concepto sobre “obligación de alimentos” sino que la definición que conoceremos se basa en la jurisprudencia el TJUE.

En cambio este convenio se refiere a la competencia judicial internacional en materia de alimentos, como una competencia especial sin concretar específicamente su concepto ya que de ello se ocupa el TJUE.

f) Convenio de Lugano de 2007.

Este convenio sustituye al Convenio de Lugano de 1988.

En cuanto a obligación de alimentos establece la competencia judicial internacional, en el art. 5, designando el Estado donde podrá ser demandado el posible alimentante si tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado parte del Clug07.

Este Convenio es relativo a muchos aspectos, no solo a obligación de alimentos, y no establece un concepto claro de qué es obligación de alimentos.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

g) Reglamento 805/2004.

Este reglamento se refiere al reconocimiento y ejecución de sentencias. En cuanto a materia de alimentos, ha sido sustituido por el Reglamento 4/2009 entre los Estados miembros en ambos reglamentos y que están vinculados por el Protocolo de la Haya de 2007.

Así, solo podremos aplicar este Reglamento 805/2004 si queremos ejecutar en Reino Unido una resolución dictada en cualquier otro estado miembro excepto Dinamarca; o viceversa.

En cuanto a la competencia judicial internacional, a este Reglamento se le relaciona con el Reglamento 4/2009 siendo aplicable el Reglamento 805/2004 respecto a Título Ejecutivo Europeo en materia de obligación de alimentos si dicho título ha sido expedido en algún estado miembro que no sea estado parte en el Protocolo de la Haya de 2007, sobre ley aplicable a la obligación de alimentos.

h) Reglamento 2201/2003.

Este Reglamento es un texto procesal civil internacional que incluye previsiones de cooperación entre autoridades en materia de alimentos. Se refiere concretamente a materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Este Reglamento excluye en su art. 1.3 la aplicación del mismo a las obligaciones de alimentos.

i) Protocolo sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 de noviembre de 2007.

Este Protocolo se encuentra actualmente en vigor y moderniza al Convenio de la Haya de 1956 y al Convenio de la Haya de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Desarrolla normas generales sobre la ley aplicable y al mismo convenio hace referencia el propio Reglamento 4/2009 pues establece un régimen diferente a los Estados parte de este protocolo.

j) Convenio hispano-uruguayo sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, de 4 de noviembre de 1987

Este convenio se aplicará si el menor reside en un estado parte, España o Uruguay, y el deudor de alimentos reside o tiene bienes en otro estado parte, según indica su artículo 1. Del mismo modo, ese artículo añade que es lo que se entiende por menor, aquel que lo sea conforme a la ley de su residencia habitual.

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Se aplicará únicamente a las obligaciones de alimentos, quedando excluidas las relaciones de filiación y de familia entre acreedor y deudor de alimentos, siendo ese su ámbito material del artículo 3.

Concurre con el Convenio de la Haya de 1973, que aunque ese es universal, ello no impide la aplicación del convenio hispano-uruguayo; y también concurre con el Protocolo de la Haya de 1997, que también es universal, no impidiendo la aplicación del que estamos tratando, según indica su artículo 19.

Para determinar la ley aplicable conforme al mismo, se acude al artículo 2, siendo la ley a elección del acreedor: la ley de residencia habitual del acreedor; la ley de residencia habitual del deudor en uno de los estados parte; o la ley del estado parte donde el deudor tenga bienes o ingresos.

3.- REGLAMENTO 4/2009

Entró en vigor con carácter general el 30 de enero de 2009. Se contemplan dos momentos de aplicación distintos; a partir del 18 de septiembre de 2010 comienzan a aplicarse los artículos 2.2, 47.3, 71, 72 y 73. Estos preceptos comienzan a aplicarse antes, porque se refieren a la designación de las autoridades competentes en cada estado miembro para conocer de las obligaciones de alimentos y al establecimiento del estado miembro y a los mecanismos para aplicar el reglamento. A partir del 18 de junio de 2011 se comienzan a aplicar las demás disposiciones del reglamento.

Los ámbitos de aplicación de este reglamento son los siguientes:

- Desde el punto de vista material art 1 se aplica a las obligación de alimentos que derivan de una relación familiar de parentesco de matrimonio o de afinidad.

Concepto de alimentos: mantiene el mismo que se contemplaba en el reglamento 44/2001, concepto amplio de alimentos en el sentido de que son las prestaciones establecidas legalmente con el objetivo de paliar necesidades económicas de ciertas personas y que se imponen sobre parientes que disponen de mayores recursos económicos. En el Reglamento 44/2001 no se establecía específicamente un concepto de obligación de alimentos, sino que tuvo que ser el TJUE el que estableciera en sentencia ese concepto.

Por eso todas las sentencias del TJUE en las que se define alimentos respecto del Reglamento 44/2001 y del antiguo convenio de Bruselas, nos sirven para definirlo en ese Reglamento 4/2009.

Deben incluirse las prestaciones compensatorias entre ex cónyuges incluso aunque se determine en el marco de un proceso de divorcio.

- Ámbito territorial: art 2 y considerandos 47 y 48. El reglamento 4/2009 resulta aplicable en todos los estados miembros de la UE con las precisiones. En un principio el Reino Unido no participó en la adopción de este Reglamento pero con posterioridad decidió incorporarse al mismo y así es también estado miembro, comenzó en la misma

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

fecha que para los demás estados. Con Dinamarca ocurre igual, primero no participo pero después ha participado. En dicha incorporación ha excluido la aplicación en territorio danés de la ley aplicable capítulo III, y las normas de cooperación administrativa entre seguridades centrales VII.

- Ámbito espacial personal: considerando número 15. Las disposiciones sobre competencia judicial internacional del Reglamento 4/2009 resultan aplicables siempre y cuando en virtud de las mismas sea competente algún órgano jurisdiccional de un estado miembro.

Normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones: solos eran aplicables cuando el estado de origen y el requerido sean estados miembros.

Normas de régimen aplicable, no es necesario determinar su ámbito de aplicación, porque el art 15 remite en lo relativo a la ley aplicable al protocolo de la Haya de 2007.

- Ámbito temporal: el art 75 indica el carácter irretroactivo de este Reglamento, sus disposiciones sobre competencia judicial internacional solo serán aplicables si la demanda se interpone después del 18 junio 2001.

Normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, en principio hay que tener en cuenta esa fecha, pero hay que atender al régimen transitorio del reglamento en su art 75.

- Relaciones con otros instrumentos internacionales: sustituirá entre los estados miembros a las disposiciones contenidas en el Reglamento 44/2001 relativas a la obligación de alimentos.

Así lo establece el art 68.1 del reglamento 4/2009.

Sustituirá también en materia de obligación de alimentos, al Reglamento 805/2004 relativo al título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, con una excepción, dicho Reglamento 805/2004 sigue siendo aplicable respecto a título ejecutivo europeo en materia de obligación de alimentos si dicho título ha sido expedido en un estado miembro que no sea estado parte en el Protocolo de la Haya de 2007 sobre ley aplicable a la obligación de alimentos.

Así solo en la actualidad, sería aplicable el reglamento 805/2004 si intentáramos hacer eficaz un título de obligación de alimentos en el reino unido o viceversa.

Otros convenios internacionales, entre los estados miembros en el reglamento que también son parte en otros convenios internacionales, prevalecerá el reglamento; pero entre estados miembros en el reglamento y terceros estados no miembros, siguen siendo aplicables los convenios internacionales que se hallen vigentes, art 69 reglamento 4/2009.

Relación entre el Reglamento 4/2009 y el Convenio de Lugano de 2007, que también regula las obligaciones de alimentos, competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución: entre los estados que son a la vez miembros en el

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Reglamento 4/2009 y partes en el convenio de lugano de 2007, prevalece el reglamento 4/2009. (Art 69.2)

Si se trata de relaciones entre un estado miembro en el Reglamento 4/2009 y un Estado que solo es parte en el CLug07, prevalecerá el CLug07 en lo relativo a las normas de competencia judicial internacional si se da alguna de estas situaciones: si el demandado esta domiciliado en un estado que solo es parte en el CLug07, o bien si existe sumisión a un órgano jurisdiccional de un estado que solo es parte en el CLug07. Así se desprende del art 64.2.a del CLug07.

En cuanto a la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos conforme a este Reglamento, es conforme a su artículo 15, que remite para regular la ley aplicable al Protocolo de la Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos, siempre y cuando el tribunal que esté conociendo del asunto corresponde a un estado parte en dicho protocolo.

4.- JURISPRUDENCIA APLICABLE A LA INTERPRETACIÓN DEL REGLAMENTO 4/2009.

STJCE 6 marzo 1980 - As C-120-79 - De Cavel - De Cavel

En esta sentencia se solicita al TJUE la interpretación del párrafo primero del art. 1 y del apartado 2 del art. 5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968.

En el apartado primero del art. 1 se establecen ciertas exclusiones, dejando fuera del ámbito de aplicación de este Convenio, las materias relativas a las personas físicas, regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones.

En el apartado 2 del art. 5 se refiere específicamente a la competencia judicial internacional en materia de alimentos estableciendo que se podrá demandar al acreedor de alimentos ante el tribunal de su domicilio de su residencia habitual. Concretamente el caso se refiere a una pensión compensatoria debido al divorcio y las desigualdades económicas que éste conlleva en una de las partes.

En cuanto a la interpretación del párrafo primero del art. 1 se solicita interpretar si una pensión de alimentos dictada por un juez francés se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación del convenio; o si, por el contrario, se excluye del mismo; pues se pretende ejecutar esta sentencia dictada en Francia, en Alemania.

Podríamos pensar que esta pensión compensatoria provisional se encontrase excluida del art. 1; pero el art. 5 en su apartado 2 nos elimina esta duda puesto que habla específicamente de la obligación de alimentos, dentro de esta misma obligación de alimentos encuadraremos la pensión compensatoria de la que habla la sentencia.

Finalmente se establece que es aplicable el concepto de alimentos del Convenio de 27 de septiembre de 1968, en cuanto a lo relativo a pensiones alimenticias mensuales y a pensiones compensatorias provisionales.

STJCE 27 febrero 1997 - As C-220-95 - Boogaard - Laumen

Se solicita al TJUE la interpretación del segundo párrafo del art. 1 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; y por el Convenio de 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica.

La interpretación se debe a que se desea ejecutar una sentencia expedida por el High Court of Justice of England and Wales en Países Bajos.

La sentencia determinaba el pago por parte del Sr. Van den Boogaard a la Sra. Laumen de cierta cantidad en concepto de pensión de alimentos pero en sustitución de una paga periódica.

Para la ejecución de esta sentencia debía saberse, en primer lugar, si se podía hacer efectiva en otro Estado sin necesidad de exequátur o si debía hacerse este procedimiento para hacerla efectiva en otro Estado; es por esto, que se solicita la interpretación de este artículo, puesto que las cuestiones relativas a regímenes económicos matrimoniales se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de este Convenio, pero, en cambio, las cuestiones relativas a pensiones de alimentos sí se encuentran incluidas.

Se hace referencia al Convenio de Bruselas, indicando, que tampoco en éste encontramos una definición de regímenes matrimoniales ni tampoco una definición de obligación alimentaria.

Se indica que “en el Informe Schlosser que en ningún sistema jurídico de los Estados miembros «los alimentos entre cónyuges se derivan de regulaciones que formen parte de las normas relativas a los regímenes matrimoniales»”. Por tanto se pueden diferenciar tales conceptos, se diferenciarán dependiendo de la motivación de la resolución.

En este informe nos interesa el concepto de obligación de alimentos, la sentencia indica lo siguiente: si de la resolución “resulta que una prestación está destinada a garantizar la manutención de un cónyuge necesitado o si se toman en consideración las necesidades y los recursos de cada uno de los cónyuges para determinar su cuantía, la resolución se refiere a una obligación alimentaria.” También entrarán en el concepto de pensión de alimentos las pensiones que no sean periódicas sino que se fijen en un solo pago.

Por tanto, esta pensión de la sentencia se encuentra en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas por tratarse de una pensión de alimentos aunque sea en un solo pago y además incluya la transmisión de ciertas propiedades.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

STJCE 15 enero 2004 - As C-433-01 - Bayern – Blijdestein

Se solicita al TJUE la interpretación del art.5, punto 2, del Convenio de 27 de septiembre 1968, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica y por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

El marco en el que se pretende interpretar este precepto es “con motivo de una acción de repetición ejercitada (...) para recuperar las cantidades abonadas en concepto de ayudas para la formación, a la hija de la otra parte del litigio.

Según las leyes alemanas, cuando se precise una pensión de alimentos por parte de un estudiante, ésta podrá ser abonada por los servicios del Land territorialmente competente. Si el estudiante tiene un crédito alimenticio frente a sus padres, el Land se subrogará en el mismo hasta el importe de las prestaciones abonadas.

En este caso, el prestador de alimentos a la hija del Sr. Blijdenstein, fue Freistaat Bayern. Este último, solicitó el reembolso al progenitor de la estudiante de las ayudas prestadas a la misma.

Se plantea en la sentencia la posibilidad de que esta pensión de alimentos pueda ser incluida en el Convenio de 27 de septiembre de 1968, y así invocar la competencia especial del art. 5.2 del mismo.

Se establece que esta materia está comprendida dentro de “materia civil” pues se trata de una “acción de repetición mediante la cual un organismo público reclama a una persona de Derecho privado el reembolso de las cantidades que abonó en concepto de asistencia social a los alimentistas de dicha persona”.

El apartado 2 del art.5 de este Convenio indica que se refiere a “materia de alimentos”. Se incluyen dentro del concepto materia de alimentos los pagos anticipados por organismos públicos en concepto de alimentos; pero no puede aplicarse el art. 5.2 en cuanto a otorgar un foro especial a organismos públicos, sino que este foro especial deberá aplicarse para ofrecer al alimentista una base alternativa de competencia judicial, puesto que se trata de la parte débil del proceso.

Debido a que en este caso el demandante es un organismo público, no es la parte débil y por tanto no puede utilizar el foro especial del apartado 2 del art. 5.

STJCE 14 noviembre 2002 - As C-271-00 - Gemeente Steenberghe - Luc Baten

Se solicita al TJUE la interpretación del art. 1 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e

SEMINARIO “WIKI”

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Irlanda del Norte y por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica.

Se plantea la interpretación de este artículo con arreglo al Protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a la interpretación del Convenio de 27 de septiembre de 1968.

La cuestión objeto de litigio es una acción de repetición ejercitada por una entidad neerlandesa con el fin de recuperar sumas de dinero abonadas a la esposa divorciada e hija del señor Baten, en concepto de asistencia social.

La esposa divorciada y la hija tienen su domicilio en Países Bajos mientras que el señor Baten lo tiene en Bélgica. En base a la legislación de los Países Bajos reciben la esposa e hija del señor Baten un subsidio mensual en régimen de asistencia social para personas que carezcan de recursos. Este subsidio será reclamado “a quien incumpla la obligación de prestar alimentos a su cónyuge (o ex cónyuge) o a un hijo menor”, como dice la propia ABW en su art. 93.

En la sentencia de divorcio establecida mediante acuerdo en Bélgica, las partes concretan que no se deberán prestación de alimentos alguna; y que en concepto de mantenimiento y educación de su hija, el Sr. Baten pasará una cantidad mensual.

El señor Baten incumple su compromiso y la entidad local correspondiente de los Países Bajos otorga el subsidio a la ex cónyuge y a la hija, solicitando una acción de repetición al señor Baten. Este señor no ejecuta el pago y esta entidad lo demanda en Países Bajos. Se concede el exequátur de la resolución donde se condena al señor Baten a pagar lo debido a la entidad local de Países Bajos.

El Sr. Baten recurre la resolución y se estima que no es posible ejecutar la resolución puesto que es “incompatible con la sentencia de divorcio que establecieron las partes de mutuo acuerdo”. El municipio de Países Bajos interpone recurso de apelación pero se determina que la materia del litigio es de seguridad social y por tanto se encuentra excluida esta materia del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas.

Se realizan dos consultas: en cuanto a la primera se determina que una acción de repetición se encuentra incluida en el concepto “materia civil” en la medida en que el fundamento de esta acción se encuentre regulado por normas aplicables a la obligación de alimentos; en cambio si la acción de repetición se basa en una prerrogativa concedida a un organismo público, no se encuentra, esta acción de repetición, contenida dentro del término “materia civil”.

En cuanto a la segunda se cuestiona si las cantidades abonadas en concepto de asistencia social se encuentran dentro del concepto “seguridad social”, concepto que se encuentra excluido del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas por exclusión expresa. El Convenio de Bruselas no define el concepto de “seguridad social”, pero en base a la definición del Reglamento 1408/71, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se determina que no se encuentra contenida en el concepto de “seguridad social” del Convenio de Bruselas la acción de repetición a través de la cual se solicita el reembolso a una entidad pública de las cantidades abonadas en concepto de asistencia social al ex cónyuge e hija de esa persona.

STJCE 27 marzo 1979 - As C-143-78 - De Cavel - De Cavel

Esta sentencia tiene en cuenta la resolución de 22 de mayo de 1978 relativa a la interpretación del convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales.

Se pide el exequátur, que se le deniega por no presentar la suficiente documentación. Lo que interesa es si ese convenio nombrado podrá aplicarse al tratarse de un procedimiento accesorio el hecho de la colocación de precintos y al embargo de bienes al estado de las personas o a regímenes matrimoniales.

Se tiene en cuenta la relación entre las medidas adoptadas por el juez francés de familia y el proceso de divorcio, debido al carácter patrimonial de las medidas cautelares.

El ámbito de aplicación del convenio se extiende a los asuntos civiles y mercantiles según su artículo 1, pero el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones se encuentran excluidos del mismo.

Así las relaciones patrimoniales que resulten del vínculo matrimonial o de su disolución son materias excluidas de dicho convenio. No puede invocarse para introducir en el ámbito de aplicación del Convenio medidas provisionales o cautelares relativas a materias que están excluidas de él.

De este modo, las resoluciones judiciales por las que se adoptan medidas de aseguramiento provisionales en un proceso de divorcio, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio, como así dice su artículo 1, dado que dichas medidas afectan o están vinculadas a relaciones relativas al estado de las personas implicadas en el proceso de divorcio o a las relaciones jurídicas patrimoniales que resultan del vínculo conyugal o de su disolución.

Por lo tanto se concluye en esta sentencia que en las materias nombradas no será aplicable en este caso el convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales.

5.- CONCLUSIÓN.

El Reglamento 4/2009 no define en qué consiste exactamente el concepto de obligación de alimentos. Si acudimos al Reglamento 44/2001 tampoco encontramos esa definición, pero sí hay jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de este concepto en otras normas institucionales, estas interpretaciones servirán también para el concepto de obligación de alimentos del Reglamento 4/2009.

“La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Internacional Privado”

Así por último también se tiene en cuenta el Protocolo de la Haya de 2007, muy importante en esta materia en la actualidad, ya que se entrelaza con el reglamento 4/2009 para superar las dificultades del cobro efectivo de las pensiones de alimentos.

Con el reglamento 4/2009 se ha intentado llegar a una regulación homogénea de las obligaciones alimenticias actualizada y completa, objetivo que no se llegó a cumplir del todo, ya que nos hemos visto en la necesidad de acudir a otros textos legales, tanto normativos como jurisprudenciales para tener un concepto aceptable y completo de obligación de alimentos.

La acepción que suele adoptar el TJUE suele ser amplia. Según el caso acudiremos a la interpretación más aplicable en las que ha ido dando el TJUE a lo largo de las aplicaciones de antiguas normas sobre obligaciones de alimentos.

Un caso que suscita muchas dudas es en cuanto al caso de la obligación de alimentos entre ex cónyuges. Haremos referencia al asunto A. Van den Boogaard contra P. Laumen (Sentencia del Tribunal (Quinta sala) de 27 de febrero de 1997. En esta consulta se determinan unos parámetros que nos parecen bastante clarificadores.

La sentencia indica si de la resolución “resulta que una prestación está destinada a garantizar la manutención de un cónyuge necesitado o si se toman en consideración las necesidades y los recursos de cada uno de los cónyuges para determinar su cuantía, la resolución se refiere a una obligación alimentaria.”

Por tanto, concluiremos que para el caso de obligación de alimentos entre ex cónyuges, será una obligación alimentaria cuando la finalidad de la pensión sea garantizar la manutención; por tanto se tendrá en cuenta tanto la situación económica del alimentista, como la situación económica del alimentante.

RESULTADOS SEMINARIO WIKI INTERACTIVO REALIZADO EN EL GRUPO II DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CURSO 2013/2014 (Profesora Antonia Durán Ayago)

Se han realizado dos seminarios wiki durante el presente curso: Problemas de reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución y Respuestas jurídicas a la sustracción internacional de menores, conforme a la siguiente metodología.

METODOLOGÍA DE LOS SEMINARIOS WIKI:

- I. La participación en los seminarios wiki NO es obligatoria.
- II. La participación activa en ellos podrá suponer hasta un punto más en la calificación final de la asignatura
- III. Podéis participar en todos o en algunos de los cuatro seminarios propuestos
- IV. Para participar en ellos, os tengo que dar de alta. **Para ello tenéis que enviarme un correo electrónico indicando los seminarios en que queréis participar**
- V. En cada seminario, señalaré unos ítems que deberéis completar. Todo ello se realizará a través de la plataforma Studium
- VI. Cada seminario tendrá una fecha de realización que indicaré y que normalmente coincidirá en la explicación del tema en clase. Aunque hay seminarios que por su extensión afectan a varios temas o incluso a la totalidad del programa, como es el caso del primero
- VII. Durante la realización del seminario, sólo tendréis acceso a la información aquellos que estéis matriculados en el mismo. Finalizado el seminario, se pondrá a disposición de todos los alumnos del grupo
- VIII. Cada seminario finalizará con una exposición presencial en clase del grupo de alumnos que haya participado en su elaboración al que podrán asistir todos los alumnos del grupo

Temas de los seminarios

PROBLEMAS DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN HABIDA A TRAVÉS DE
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
RESPUESTAS JURÍDICAS A LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

RESULTADOS

Hemos realizado dos seminarios sobre los siguientes temas¹:

- o Seminario Wiki I: Problemas de reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución: 14 alumnos (del 28 de octubre de 2013 al 20 de diciembre de 2014).
- o Seminario Wiki II: Respuestas jurídicas a la sustracción internacional de menores: 31 alumnos (del 11 de marzo al 21 abril de 2013).

Todos los seminarios, una vez realizados en una wiki de acceso limitado para aquellos alumnos que se habían matriculado en el seminario y revisados por mí, se han podido consultar en Studium por todos los alumnos matriculados en el Grupo II de 4º.

Los dos seminarios se expusieron por los alumnos que lo habían realizado en horario de clases prácticas. En él participaron además el resto de alumnos del grupo.

Todos los alumnos que han participado en los seminarios han recibido el correspondiente certificado en el que se acredita su participación.

Cada seminario ha tenido uno o varios coordinadores que también han recibido su certificado diferenciado. La labor de los coordinadores ha sido esencial para coordinar los distintos grupos que se han formado en cada uno de los seminarios.

El resultado de los seminarios realizados se adjunta a continuación.

¹ Indico el número de estudiantes que ha participado en cada uno de ellos y fechas en que se han realizado.

Problemas de reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución

Coordinado por Pedro Adrián Gómez Pedraza

© Seminario realizado por

I. Regulación de las técnicas de reproducción asistida. Especial referencia a la maternidad subrogada o gestación por sustitución

Leticia González de Juan / Alba López Cid / Natalia Moreno Benítez.

II. Ley aplicable a la determinación de la filiación natural y a la filiación intencional

María Manzano Bonilla / Fabiola Franceza / Pedro Adrián Gómez Pedraza

III. Problemas de reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución

Raquel Martín Diéguez / Sara Cristina Gonçalves Pereira / Ainhoa González Anitua / María Hernández Gregorio / Andrea Moreno Ubierna.

IV. Trabajos de la Conferencia de La Haya en materia de gestación por sustitución

Estefanía Azaña Escalante / Priscila Martín Vales.

V. Prensa y gestación subrogada (rastreo en los medios de comunicación del tratamiento de este tema. Referenciar sitio y breve resumen de la noticia)

Linda Guerra Henríquez.

I. Regulación de las técnicas de reproducción asistida. Especial referencia a la maternidad subrogada o gestación por sustitución

© Leticia González de Juan / Alba López Cid / Natalia Moreno Benítez.

1.- INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución consiste en un contrato entre dos partes por el que una mujer se compromete a gestar el embarazo de un bebé con el fin de entregarlo a la otra parte, los comitentes, tras el alumbramiento, con o sin precio y renunciando a su filiación.

Podemos distinguir dos tipos de subrogación: la parcial y la plena. En la subrogación tradicional o parcial, la madre de alquiler es inseminada artificialmente para gestar un bebé con su propio óvulo por lo que se transmite la carga genética al hijo. Mientras que en la subrogación gestacional o plena, la madre de alquiler es inseminada artificialmente con un óvulo que no es suyo, ya sea de los comitentes o de una donación anónima.

Pese a que muchos Estados, como España, prohíben este tipo de contratos que son nulos de pleno derecho, se han visto obligados a regularizar determinadas situaciones que pueden darse cuando el contrato se celebra en un país que sí lo permite, pero luego se pretende el reconocimiento de la filiación y la nacionalidad del país origen de los padres.

En el derecho comparado se encuentran 3 posturas:

a) prohibición de la gestación por sustitución; dentro de esta postura nos encontramos con países como España o Suiza, en los que la regla es la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución

b) admisión, sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones. Dentro de esta postura podemos clasificar en dos subgrupos a los países que pertenecen a esta postura:

- El primer subgrupo regula un proceso de “pre-aprobación” de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación.

A este subgrupo pertenece Grecia y Sudáfrica.

- El segundo subgrupo, la regulación se refiere a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución ex post facto. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación post-parto. A este subgrupo pertenece Reino Unido

c) Admisión amplia. En estos países se permite totalmente la gestación por sustitución. En Rusia y en India se permite en todo el país. Y en EE.UU se permite en algunos estados totalmente, tanto si pactan remuneración como no, estos son: Arkansas, Virginia, Tennessee y California. Otros Estados lo prohíben, estos son: Arizona, Utah, Nuevo México, Michigan y Nueva York. Otros estados lo consideran legal siempre que sean gratis (Florida, Nevada y Luisiana) y otros estados ni se han pronunciado (Alaska Texas).

Por otra parte también hablaremos de los países islámicos, haciendo especial referencia a Irán que es el único país islámico que permite totalmente la gestación por sustitución.

-

2.-PROHIBICIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

ESPAÑA

En nuestra legislación tenemos una gran variedad de artículos que pueden hacer referencia a este tema de gestación por sustitución.

En primer lugar nos encontramos con el artículo 10 CE que establece lo siguiente: *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Este artículo es muy importante tanto para los detractores de la gestación por sustitución en España ya que piensan que es incompatible con la dignidad humana de la madre y del recién nacido ya que esto llevaría una vulneración de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Por otra parte este artículo también es un apoyo para los defensores de esta técnica ya que disponen que no dejar someterse a esta técnica supone una vulneración del libre desarrollo de la personalidad de la mujer que decide (ella misma) tener hijos para terceros.

El artículo 14 CE nos habla de la igualdad de todos los españoles ante la ley. Establece lo siguiente: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*. Este argumento se suele utilizar para

potenciar que los hijos así nacidos puedan ser inscritos en el Registro Civil y puedan gozar así de todos los derechos.

El artículo 39.2 de la Carta Magna es un principio rector de la política social y económica. Dispone: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”* Este hace referencia a la protección integral de los hijos, y hace referencia a que habría considerar madre a aquella que pueda cuidar del niño de la manera más adecuada y eficiente.

En relación a las técnicas de reproducción asistida en España se creó la Ley 35/1988, la cual quedó muy anticuada y se modificó con la Ley 45/2003. Esta última fue modificada por la Ley 14/2006 de 26 de Mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, la cual modificó la ley del 2003 y anuló la ley de 1988. De esta ley hay que destacar lo siguiente en el ámbito de la gestación subrogada:

Artículo 10: 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Este artículo en su apartado uno nos dice que será nulo de pleno derecho cualquier contrato (ya sea con precio o altruista).

En su apartado dos establece que el vínculo de la maternidad deriva del parto, y se considera por tanto madre jurídica a la mujer que da a luz al niño independientemente que esta sea la madre biológica (la que aporta el óvulo o no). Ya que esta ley no diferencia entre la gestación con ovulo propio de la gestación con ovulo de la madre comitente (este acuerdo se considera nulo de pleno derecho).

En el apartado tres del artículo 10 hace referencia a que la filiación paterna está determinada dependiendo de dos situaciones por lo siguiente:

- En el caso de que la mujer gestante que se somete a estas técnicas de reproducción humana asistida esté casada y la fecundación del óvulo se realice con el material genético de su marido al dar éste su consentimiento no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido.

- En el caso de que el material genético no sea del marido si éste consiente que la mujer se someta a este tipo de técnicas reproductoras también determina la filiación paterna

En el caso de que el marido no consienta que la mujer se someta a las técnicas reproductivas el hijo no se inscribirá como filiación matrimonial en el Registro Civil.

El artículo 8 de la Ley 14/2006:

“1. Ni la mujer proponentora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.”.

En el apartado uno dispone que si el matrimonio ha prestado su consentimiento formal antes de llevar a cabo su fecundación, no podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo.

En su apartado dos hace referencia a cómo el niño quedará inscrito en el Registro Civil. Una mujer no precisa del consentimiento del marido (bien porque esté separada legalmente o sea pareja de hecho), y el donante es un varón no casado que preste su consentimiento la determinación de la filiación será considerada no matrimonial, por tanto el padre genético podrá reclamar su paternidad según lo dispuesto en las reglas. La determinación de la filiación paterna podrá reclamarse cuando el varón sea el titular del material genético o cuando el donante sea un varón no casado y haya prestado consentimiento a la fecundación con su esperma. En el caso de que el marido fallezca y deje por escrito instrucciones para que su material genético sea utilizado para fecundar a su mujer la criatura que nazca tendrá validada su filiación en materia matrimonial respecto de su padre biológico.

La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica contempla la sanción de la gestación por sustitución Como consecuencia de la prohibición de la gestación por sustitución en sus arts. 24 y 26, práctica. En su art. 24, contempla las infracciones en materia de reproducción humana asistida, que serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin

perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir. En su art. 26, considera infracción muy grave la práctica de cualquier técnica no permitida ni autorizada como técnica experimental.

En relación al Código Civil hay que hacer referencia a los siguientes artículos:

Art 177.2.2º: *“Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:2.º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”.*

Además de este artículo hay que tener en cuenta los artículos que nos hablan cuando un contrato es nulo. Esto son el artículo 1261.2; 1271, 1275 y 1255. El primero establece que un contrato no puede darse cuando no hay objeto de contrato, y el cuerpo humano es infranqueable, indisponible y personalísimo. Por otra parte el segundo artículo establece que las personas presentes y futuras no pueden ser objeto de contrato y en este caso nos encontramos con una persona futura, por lo que será nulo. En este caso si se hiciera un contrato y la mujer gestante no quisiera entregar al niño una vez que naciera no estaría incumplimiento ningún contrato ya que este, como hemos dicho anteriormente, sería nulo.

El tercer artículo nombrado anteriormente establece que *“los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.*

El último artículo en relación al contrato (art. 1255 CC) establece que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.* Este contrato se considera que es contrario a la dignidad y al valor de la persona (a esto hacemos referencia cuando hemos hablado anteriormente de la CE, por lo que el contrato de gestación por sustitución es ilícito.

También hay que atender a lo dispuesto en el Capítulo II del CC que hace referencia tanto a la filiación matrimonial como a la no matrimonial.

Tenemos que tener en cuenta el artículo 29 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica que hace referencia a los embriones y fetos humanos.

El artículo 220.2 CP sanciona la gestación por sustitución y castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años a la persona que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. En el art. 221 establece que será castigado no sólo la persona que entregue a otra un hijo con el fin de establecer una relación análoga a la filiación mediando una compensación económica, sino también la persona

que lo reciba y el intermediario si lo hubiera. En este art. las penas de prisión alcanzan de uno a cinco años y posible inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda.

También hay que tener en cuenta la Ley y el Reglamento del Registro Civil respecto a la inscripción del nacido.

SUIZA

En Suiza la gestación por sustitución está prohibida en el art. 119.2 d) de la Constitución federal así como por la ley federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 que ha sido reformada en el 2006.

-

3.-ADMISIÓN, SOLO CUANDO ES ALTRUISTA Y BAJO CIERTOS REQUISITOS Y CONDICIONES.

GRECIA

-

Técnicas de reproducción asistida:

-

La reproducción asistida está permitida. Con ciertas matizaciones, todo ello regulado en las nuevas leyes L3089/2002 y L3305/2005 además de los artículos 1455 - 1460 recientemente añadidos al AK (Código Civil griego) que reformaron la situación legal ya existente.

En cuanto a la inseminación artificial está permitida si (art. 1455 AK):

- Existe una incapacidad de concebir de modo natural
- Pretende evitar la transmisión de graves enfermedades al niño

Para su procedimiento es necesario:

- El consentimiento escrito de la persona que desea tener el hijo
- En caso de la cohabitación; se necesita el consentimiento de ambos
- Si fuera una mujer soltera sería necesaria la declaración ante notario.

En los casos de inseminación artificial post-mortem es decir, cuando el marido o el hombre con el que se cohabita haya fallecido. Con dos excepciones recogidas en el art. 1457 AK.

Subrogación

-

Desde 2002, la subrogación es legal en Grecia sólo si se realiza de modo altruista y con posterioridad de la autorización de los tribunales. Ambas partes deben de residir en el país. Será la madre o padres que quieren concebir el bebé los que pedirán la autorización judicial.

Cualquier otro tipo de subrogación está prohibida.

Es importante destacar la regulación legislativa introducida por las anteriormente citadas leyes, en concreto la Ley 3305/ 2005 en su artículo 13 el cual versa sobre la subrogación:

Artículo 13:

1. La subrogación está permitida si cumple las condiciones incluidas en el art. 1458 del Código Civil y el art 8. de la Ley 3089/2002
2. La madre sustituta debe ser sometida a un examen médico y a una evaluación psicológica (VIH, Hepatitis B,C y Sífilis)
3. También un examen sobre la salud de los padres que quieren concebir al niño.
4. El acuerdo de la subrogación se debe hacer sin compensación financiera. Las siguientes compensaciones están permitidas:

- El pago por cualquier gasto necesario para el proceso de la inseminación artificial, el embarazo, el parto y la cama del bebé.

- La restitución por cualquier daño o pérdida de ganancia de la madre sustituta a causa del abandono del trabajo o si ésta tuvo que ausentarse del trabajo sin percibir retribución durante dicho periodo.

Los padres que siguen este método se convierten en padres legales del bebé justo en el momento después del nacimiento al igual que los padres biológicos. Debemos destacar que por ley está permitido que sin que se haya excedido de los seis meses después del nacimiento del niño, cualquiera de las partes, los padres o la madre sustituta podrían cambiar la custodia del bebé si pueden demostrar que la

subrogación se llevó a cabo de modo tradicional, de lo que un juez se pronunciará, mediante sentencia irrevocable.

Dicha ley también incluye sanciones penales para las personas que no respeten el proceso, es decir, que en su caso sí exista un pago por la subrogación.

SUDÁFRICA

En Sudáfrica nos tenemos que remitir al Children's Act de 2005; se permite la maternidad subrogada con carácter no comercial.

Al igual que citábamos en Grecia, para que esta subrogación se pueda llevar a cabo necesita que exista un acuerdo formal y escrito entre la madre subrogada y los padres que quieren concebir el bebé. El acuerdo debe ser aprobado por la High Court del lugar donde los últimos residan. La validez de dicho acuerdo se produce desde el momento del nacimiento siempre que la autorización judicial lo permita. Si el acuerdo carece de validez, el bebé será hijo de la mujer sometida a la subrogación.

REINO UNIDO

Se trata de un Estado donde admite la gestación por sustitución solo con finalidad altruista, eliminando la posibilidad de contratos comerciales o lucrativos. Se permite el pago a la madre gestante de gastos razonables, sin embargo, en la práctica las cantidades suelen exceder a los gastos razonables.

Se pone en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la filiación derivada del contrato de gestación por sustitución ex post facto. La filiación se transfiere después del parto.

Se trata de una institución que estaba no solo prohibida, sino sancionada por la Surrogacy Arrangements Act de 1985.

En este sentido, es destacable el caso X & Y (Foreign Surrogacy de 2008), donde por primera vez se otorga la paternidad en caso de subrogación comercial en favor del test del bienestar del niño. El contrato de subrogación se celebró y practicó en EE.UU donde la vertiente comercial sí está permitida, pero es ilegal en Reino Unido. Al no cumplirse los requisitos del art. 54 de HFEA se impedía la orden parental solicitada por los comitentes. Sin embargo, atender a este precepto conllevaría un perjuicio para el menor, y se considera que el interés del menor no es una cuestión más a tener en cuenta sino la principal cuestión. El bienestar del menor debe prevalecer y por tanto se favorece a la filiación. La lógica nos puede llevar a pensar que una cuestión de cuantía dineraria no merece mayor protección que el interés de un menor.

4.- ADMISIÓN AMPLIA

-

EE.UU

Sin duda alguna, la jurisprudencia y legislación estadounidense, conforman un hito en la gestación por sustitución. De este modo, podemos situar el primer antecedente en 1986 en el Estado de Nueva Jersey, con el conocido como caso de Baby M.

William y Elizabeth Stern contrataron a Mary Beth Whitehead para que engendrara un hijo con el espermatozoides de él, pero cuando nació la pequeña, la madre biológica se negó a cederles la custodia y el asunto acabó en los tribunales. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de diez mil dólares. Al mismo tiempo, aceptaba ser sometida a una amniocentesis y, si se detectaban anomalías en el feto, se obligaba a abortar a petición de la pareja que lo había "encargado", bajo pena de perder el precio convenido.

Aunque el órgano judicial declaró que aquel contrato de maternidad subrogada era nulo, concedió la custodia a los comitentes ya que era la mejor opción para los intereses de la niña. Se asienta de este modo la teoría del interés superior del menor, aunque reconoció a Mary Beth el derecho a un régimen de visitas. La niña fue declarada legalmente hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern, pero por el interés del menor residiría normalmente con el matrimonio Stern, otorgándole a la madre genética un derecho de visitas (Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988, Atlantic Reporter, 2. Serie, N.J. 1988, p. 1227)".

Desde entonces hasta nuestros días, los tribunales estadounidenses han resuelto numerosos pleitos relacionados con la gestación por sustitución. Y en la actualidad, no existe en EE.UU una uniformidad en cuanto a la aceptación de esta institución. De este modo nos encontramos con cuatro grupos de Estados:

- Estados que prohíben los contratos de gestación por sustitución: Arizona, Utah, Nuevo México, Michigan y Nueva York.

- Estados que lo permiten sólo si el contrato es altruista y sin remuneración: Florida, Nevada y Luisiana.

- Estados en que se ha legalizado en caso de contrato con o sin remuneración: Arkansas, Tennessee, Virginia o California.

- Estados que aun no se han pronunciado: Alaska o Texas.

Junto a la teoría del interés superior del menor, podemos destacar la teoría de la intención de tener el hijo. Destacamos en este sentido el caso de Johnson vs Calvert en 1993. En las deliberaciones, el voto minoritario del tribunal de California se basaba en que siempre el interés del menor debía prevalecer por encima de todo. Mientras que el voto mayoritario, elaboró la teoría de la intención de tener el hijo, otorgando la custodia a los comitentes, basándose en la idea de a quién correspondía el verdadero propósito de tener el hijo, y si la gestante lo hubiera tenido de no existir la oferta contractual. Y también se asentó la doctrina de que el hijo corresponde a los comitentes cuando la gestante no aporta su material genético, es decir, en caso de subrogación plena. Por tanto, al ser los comitentes los padres naturales del niño, tal solución no afecta a la Constitución de California ni la federal, ni tampoco al orden público

California es uno de los Estados en que se producen mayor número de contratos de gestación por sustitución, pese a sus altos costes (alrededor de unos 80.000 €), permitiéndolo incluso en caso de parejas homosexuales.

Junto a estas dos teorías, existen otros criterios jurisprudenciales. Según lo establecido en las secciones 7003 y 7015 CC californiano, la maternidad se determina por el hecho del parto. O por otro lado, la teoría de la contribución genética (válida sólo para la subrogación gestacional que no sea por donación, ya que considera que la madre legal es la que produjo el óvulo fertilizado).

Por lo general, en EE.UU, el reconocimiento de la filiación no es automático. Es necesario que a instancia de parte se solicite el reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes excluyéndolo para la madre gestante, y en su caso para su marido si lo hubiera. En California, este procedimiento se activa por la acción judicial de la sección 7630 (f) del California Family Code. Se trata de un procedimiento exclusivo y relevante de cara a la filiación en el caso de España, pues aunque la Ley de reproducción asistida establece en su artículo 10 el contrato de gestación por sustitución con o sin precio es nulo de pleno derecho y que la filiación de los hijos es determinada por el parto, se procede a reconocer la filiación en base a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN. La finalidad de esta norma es la protección del interés del menor y evitar apátridas. De este modo, la instrucción establece que para la filiación será necesario presentar junto a la solicitud de inscripción una resolución judicial dictada por el tribunal competente en la que se determina la filiación del nacido. Si se trata de una resolución extranjera, tendrá que procederse al exequátur. Y en este sentido, no son admisibles certificación registral extranjera que declara la filiación, sino que es necesario una sentencia.

Y este requisito sólo está previsto en el caso de los contratos de gestación por sustitución celebrados en EE.UU, concretamente en California. En este sentido sobre el quinto o sexto mes de embarazo se celebra un juicio de paternidad, en el cual el Tribunal tras escuchar a la gestante, dictamina que el bebé al nacer será inscrito a

nombre de los padres o padre español, ordenando su inscripción al registro, amén que posea la nacionalidad americana.

No obstante, en otros Estados, el proceso de filiación se lleva a cabo mediante adopción. O en otros, como Reino Unido, el reconocimiento de la filiación a los comitentes se produce en función de que el contrato de gestación por sustitución no haya sido lucrativo.

RUSIA

En Rusia se permite la gestación por sustitución de carácter comercial. Su regulación se encuentra en el Art. 35 de la Ley Básica sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la federación Rusa que versa que cualquier mujer adulta en edad fértil tiene derecho a ser sometida a inseminación artificial y la implantación de un embrión.

En cuanto a los requisitos, simplemente se citan indicaciones médicas pero no sociales para la realización de la maternidad subrogada. Se permite en dicho país la implantación de más de 2 embriones ya que no se regula ninguna restricción al respecto. Tampoco se tiene en cuenta en Rusia si la mujer que se va a someter a la implantación del embrión está casada o soltera. Tampoco se requiere que la información genética del embrión provenga de alguno de los padres que desean concebirlo y se les considera padres legales desde el momento en que existe el consentimiento de la madre sustituta. Ésta pierde en ese momento todo derecho sobre el niño.

La existencia de un acuerdo escrito y formal entre las partes, no es vinculante como en los anteriores casos - Grecia, Sudáfrica- ni si quiera es vinculante. Con la excepción recogida en el Art. 161 del Código Civil Ruso, que dice que se necesitará un acuerdo escrito si la compensación supone diez veces más a la cantidad de mínimo salario mensual establecido en la ley.

Permite también la gestación por sustitución post mortem.

INDIA

La gestación por sustitución en India destaca por su carácter lucrativo y comercial. A diferencia de otros países que sólo la permiten con finalidad altruista, en India se ha desarrollado una verdadera industria en esta materia. Los bajos costes económicos de esta técnica rondan en India los 40.000 euros mientras que en países

como EE.UU se puede llegar a doblar esta cifra. La madre gestante recibe una compensación de entre 3000 a 7000 euros, cuantía que para un país que roza los límites de la pobreza es bastante tentadora para las mujeres de allí.

Se calcula que son alrededor de 200.000 las clínicas privadas que se dedican a este negocio en India. La alta demanda de extranjeros de este servicio ha llegado hasta tal punto, que se ofertan paquetes turísticos junto con el contrato de gestación por sustitución o técnicas de fecundación in vitro. Por esto, se habla de Turismo de la salud en India.

Debido a este boom, el Consejo Indio de investigación médica (ICMR) en 2010, elaboro una guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos así como una guía para la reproducción asistida. En este sentido, se prohíbe cualquier experimentación en embriones vivos, fecundados por gametos humanos y animales, así como la inseminación de una mujer por espermatozoides de varios hombres. En ella se regulan los derechos e intereses de las partes contratantes y se establece que son los comitentes los padres del hijo gestado. En este Estado, la gestación por sustitución está permitida tanto para parejas casadas como para parejas no casadas o personas solteras.

La madre gestante debe tener entre 21 y 35 años, no ser bebedora ni fumadora y no haber tenido enfermedades de transmisión sexual. Por otro lado, si la gestante es una mujer casada debe tener el consentimiento de su marido. Esto pone de relieve la falta de capacidad jurídica de la mujer en países como este, y la subordinación hacia el hombre. Es destacable que necesitan el consentimiento de su marido para celebrar contratos, ir a la universidad, obtener el permiso de conducir o abrir una cuenta bancaria.

Las partes del contrato de gestación por sustitución son tanto los padres comitentes, como la mujer gestante y su marido si lo tiene, y además, la clínica privada o agencia.

Otro aspecto relevante, es que la legislación india considera como elemento esencial para el contrato de gestación por sustitución un conocimiento informado sobre las condiciones contractuales. Sin embargo, no debemos obviar la alta tasa de analfabetismo y el desconocimiento del inglés y el hindi, de parte de las poblaciones más pobres que es donde suelen instalarse estas agencias. Por eso, además del dinero, el desconocimiento y la manipulación de una sociedad altamente machista, influyen directamente en que la mujer india se preste a celebrar este contrato sin conocer realmente las posibles consecuencias. Ese conocimiento informado, en muchos de los casos no es efectivo.

En este sentido es relevante tener en cuenta que la regulación del aborto en India. En este Estado el aborto está permitido en casos de incapacidad psicológica para la madre, violación y malformación en el feto. Sin embargo, en los casos de gestación

por sustitución, la decisión de abortar de la madre gestante queda subordinada al un triple pacto: el médico, los padres comitentes y el marido de la gestante.

Pero sin duda alguna, uno de los factores a tener en cuenta junto al bajo coste económico en este país, es la poca seguridad jurídica existente en esta materia. El problema es que en Estados como India, Ucrania o Rusia, a los niños de padres extranjeros que nacen en ese territorio no les otorgan la nacionalidad. Por eso, para poder viajar de regreso al país origen de los comitentes, es necesario que su consulado expida un pasaporte otro documento que en ocasiones encuentra impedimentos. Como consecuencia, se pueden dar casos de niños apátridas o que no pueden viajar al país de los padres pese a que India les concede la filiación a los comitentes.

5.-PAÍSES ISLÁMICOS

El Islam y sus fieles pueden ser divididos en dos corrientes ideológicas diferentes; los chiíes y los suníes. Ambas corrientes, viven y entienden el Islam con ciertas similitudes y a su vez grandes disparidades.

Debido a esto la concepción y regulación de la gestación por sustitución y otros procesos de reproducción asistida muestran grandes diferencias.

En cuanto a la corriente Chií: el país islámico en el que sus habitantes son prácticamente el cien por cien chiíes, incluido su gobierno es:

IRÁN

Irán es el único país islámico que permite la gestación por sustitución.

Para los iraníes - chiíes- existe una diferencia entre lo considerado esperma masculino y el embrión fecundado. Por lo que para ellos el embrión no puede ser tratado como lo es el esperma ya que por su ley y religión, la introducción de esperma procedente de un hombre en el cuerpo de una mujer la cual no es su esposa se considera completamente prohibido. Mientras que al no considerar al embrión como esperma sí que se permite.

Esto está basado en la idea de que al no estar explícitamente prohibido en el Corán - libro sagrado de los musulmanes- lo consideran permitido.

Se advierten ciertas matizaciones; la pareja que quiere tener un hijo debe estar legalmente casada y la mujer que va a someterse y va a soportar la gestación debe ser una mujer soltera, en ningún caso una mujer casada.

La subrogación se permite con carácter comercial. Aunque a diferencia de la mayoría de los países el nombre de la madre sustituta constará en los documentos de identidad del niño.

OTROS PAÍSES ISLÁMICOS

En los demás países islámicos de carácter sunní; se contemplan las siguientes tendencias en cuanto a las técnicas de reproducción asistida:

1. En cuanto a la inseminación artificial:

- Se permite si la donación es llevada a cabo por el marido. Según la Ley Shari'ah no hay ninguna prohibición si se lleva a cabo en el seno de un matrimonio legalmente establecido.

- No se permite si la donación la realiza otro hombre que no es su marido.

2. En cuanto a la fecundación in vitro:

La Ley Shari'ah lo permite siempre que el proceso sea realizado por una pareja casada.

3. Sobre la gestación por sustitución:

No está permitida, ni de carácter comercial ni de carácter no comercial. Aunque no está expresado en la ley, las autoridades religiosas lo prohíben.

Aunque a su vez hay ciertos procedimientos que se asemejan, es el ejemplo de un matrimonio con problemas para concebir un hijo. El marido puede decidir casarse con una segunda mujer - ya que en el Islam se permite el matrimonio hasta con 5 mujeres - y se implanta el óvulo de la primera mujer fertilizado por el espermatozoide del marido y se introduce en el útero de la segunda esposa con la aprobación de esta. Aunque el reconocimiento de la maternidad conlleva un conflicto posterior.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece by Aristides N.Hatzis
- Family Law in Greece - Ismene Androulidakis- Dimitriadis
- Iran experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns. J Med Ethics. 2009; 35:320-322
- Marriage and morals in Islam by Sayyid Muhammad Rizvi
- Legal control of surrogacy - international perspectives by K.Svitney

- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, Diario La Ley, Nº 7501, Sección Tribuna, 3 noviembre 2010.
- DÍAZ ROMERO, M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, Diario La Ley, nº 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010.
- LLEDÓ YAGÜE, F / OCHOA MARIETA, C., Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 23 de mayo), Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 2007.
- MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M / MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.
- TORRALDA ERRUZ, M., “Posición adoptada por el legislador en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida en relación al contrato de gestación por sustitución”, en: F, Lledó Yagüe / A, Sánchez Sánchez / O, Monje Balmaseda. Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia, Editorial Dykinson, 2011

NORMATIVA

- California Family Code. Sección 7630 (f).
- Código Civil Griego.
- Código Civil.
- Código Penal.
- Constitución Española.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE. Núm. 243 de 7 de octubre 2010.
- Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.
- Ley 18/1990 de 17 de diciembre 1990, sobre reforma del Código Civil, en materia de nacionalidad.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.
- Resolución del Consejo Federal de Medicina, nº 1358/92, sección VII

ENLACES WEB

www.indret.com

<http://noticias.juridicas.com>

<http://www.youtube.com/watch?v=jtzUONt6Dhg>

<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf>

II. Ley aplicable a la determinación de la filiación natural y a la filiación intencional

© María Manzano Bonilla / Fabiola Franceza / Pedro Adrián Gómez Pedraza

1.- INTRODUCCIÓN.

En una realidad como la nuestra, de culturas y concepciones tan diversas, es en las cuestiones relativas al derecho de familia donde esta disparidad de posiciones alcanza su punto máximo. Por ello, la gestación por sustitución que es objeto de este estudio, como se ha visto en el Epígrafe I, representa una figura sumamente controvertida que se ha convertido en un fenómeno global, y supone un reto aun mayor, cuando se verifican situaciones privadas internacionales. En el caso de España, dada la persistente prohibición, ello ocurre cada vez con mayor frecuencia, pues muchos ciudadanos españoles, deseosos de ser padres, buscan trasladarse a otros Estados con legislaciones que sí permitan esta técnica de reproducción asistida.

Sucede luego que aun mediando un acta registral extranjera en la que conste la filiación de los nacidos en el extranjero a través de esta técnica, los jueces españoles aplican directamente la ley material interna a la determinación de la filiación de tales sujetos, ignorando la presencia de elementos internacionales en el caso; algo particularmente grave cuando se dispone de un documento expedido por el registro civil extranjero, o cuando el nacido pudiera no ser español, pues ello dará lugar a problemas para documentarlo como poseedor de la nacionalidad española (VIDAL, B., "Reconocimiento en España de la Gestación por Sustitución", p.22).

En este difícil contexto, el asunto que nos atañe específicamente es analizar cómo se determina la ley aplicable a la filiación natural y a la filiación intencional, con énfasis en ésta última que es la derivada de la gestación por sustitución. Para ello, de manera previa, es importante precisar y delimitar ciertos conceptos.

En primer lugar, es importante señalar que “A la filiación natural y a la adoptiva se ha incorporado la filiación intencional que es el concepto en el que se enmarcaría la filiación habida a través de gestación por sustitución y el concepto en el que se encuadra, en el caso de matrimonios entre mujeres, la filiación a favor de la cónyuge de la mujer que se somete a un embarazo a través de reproducción asistida (art. 7.3° Ley 14/2006), si bien en este caso con peculiaridades propias.” (DURÁN, A. “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”. En: “Anuario Español de Derecho Internacional Privado”, p. 274)

Sin perjuicio de que se ha conceptualizado ya en el Epígrafe I, recordemos que la gestación por sustitución (o maternidad subrogada) es un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar al nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez puede aportar o no sus gametos (DURÁN, A., pp. 270-271).

Dicho contrato es internacional cuando lo celebran de una parte, padres intencionales residentes en un Estado, y la madre gestante reside o simplemente está presente en otro Estado. Este acuerdo podría involucrar donante(s) de gametos donde la madre gestante reside o se encuentra, o incluso en un tercer Estado. Además, este acuerdo podría ser tradicional o gestacional, y de naturaleza altruista o comercial, como se explicó en el Epígrafe I (Informe preliminar sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya, 2012)

2.- SITUACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y PROBLEMÁTICAS GENERALES.

Como ya se ha tenido ocasión de tratar en el Epígrafe I de este trabajo, son básicamente tres las posturas que existen en relación con la gestación por sustitución, que debemos traer a colación para situarnos en relación con el tema que en este momento nos ocupa: a) Estados donde se prohíbe, como España o Suiza, teniendo en cuenta que la prohibición no necesariamente va a conllevar sanción penal pero puede llegar a haberla y de hecho existe en algunos lugares; b) Estados donde se admite, siempre y cuando sea altruista y cumpla con una serie de requisitos y condiciones, siendo éste el caso de Grecia o el Reino Unido; y c) Estados donde se admite incluso con carácter comercial, como es el caso de India y Rusia.

En relación con la determinación de la filiación, hemos de tener en cuenta en un primer momento la disparidad de regímenes jurídicos que podemos encontrar en los distintos Estados a nivel mundial, lo cual genera una enorme problemática a la que es complicado dar una respuesta, si bien en este apartado y los siguientes se procede a valorar los elementos fundamentales de la cuestión y algunas de las posibles respuestas que se vienen dando a la misma.

Con carácter previo, debemos observar que hay Estados donde no existe ningún tipo de reglamentación relativa a los contratos de gestación por sustitución, con lo cual a la hora de determinar la filiación se acude por analogía a las normas de filiación natural previstas en el Estado de que se trate. Además, en aquellos Estados donde ya ha aparecido regulación de dichos contratos caben dos posibilidades: o bien, aplicar normas idénticas o similares a la filiación natural con los problemas que ello genera, teniendo en cuenta que algunas situaciones no son equiparables (por ejemplo, el vínculo genético que puede o no existir entre los padres intencionales y el hijo nacido como consecuencia del contrato); o bien, acudir a normas específicas en materia de gestación por sustitución que tratan de dar una respuesta concreta a los interrogantes que plantea esta modalidad.

Pues bien, si los contratos de gestación por sustitución ya generan problemas cuando se producen a nivel nacional, éstos se multiplican exponencialmente cuando concurren elementos de internacionalidad, es decir, cuando los padres intencionales se desplazan a otro Estado para llevar a cabo un contrato de esas características, siendo esta la cuestión a la que nos vamos a dedicar en este momento.

Antes de entrar a valorar los diversos planteamientos de la cuestión con carácter general, hemos de destacar que actualmente la situación normativa no es en modo alguno satisfactoria porque no se ven garantizados como debería los derechos e intereses de las partes relacionadas con el contrato de gestación por sustitución, y especialmente los del niño. En este sentido, hay Estados que no regulan previsiones a este respecto y los que lo hacen normalmente terminan aportando soluciones "ad hoc", que no contribuyen a la seguridad jurídica, ya que la respuesta a cada caso dependerá de sus concretas circunstancias. En definitiva, podemos decir que en este ámbito (como en tantos otros) la realidad supera al Derecho, que siempre va un paso por detrás, lo cual hace necesario un esfuerzo adicional para evitar soluciones manifiestamente injustas (informaciones recientes obtenidas por la Conferencia de La Haya muestran que muchos niños/as nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución no tienen determinada la filiación respecto de uno de sus padres intencionales, e incluso a veces de los dos).

Además, en virtud del trabajo de Eleonora Lamm (LAMM E., "Gestación por sustitución", *InDret*?, 2012, pp. 23 - 28) podemos decir que los problemas que genera un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero son fundamentalmente dos: a) una vez que se ha producido el nacimiento, los padres intencionales no pueden volver con el hijo al Estado de su residencia habitual porque no se reconoce al niño la nacionalidad de dicho Estado, teniendo que solicitar una documentación (pasaporte, etc.) que en muchas ocasiones es denegada. b) El Estado de los padres intencionales no reconoce la filiación habida a través de gestación por sustitución, principalmente por razones de orden público. Éste último problema es el que más nos va a interesar a nosotros en este momento por ser el que se relaciona en mayor medida con el Derecho Internacional Privado y porque afecta al derecho del niño a la filiación y al libre desarrollo de su personalidad (derecho éste del más alto rango).

Finalmente, y teniendo en cuenta lo anterior, podemos hablar de tres grandes grupos de Estados en lo que respecta a su legislación relativa a la determinación de la filiación con elemento internacional (se suelen aplicar normas similares o idénticas para filiación natural e intencional):

1) Estados que aplican un método de conflicto de Leyes o de reconocimiento a la filiación establecida en el lugar de nacimiento del menor.

Normalmente en este ámbito nos vamos a encontrar con países de tradición civilista (como por ejemplo, Francia), en los cuales la filiación de un niño nacido en un Estado extranjero se determina por las normas de Derecho Internacional Privado del Estado receptor de ese menor, nacido en otro país distinto; es más, lo habitual es acudir a las normas relativas al reconocimiento o validez extraterritorial de decisiones.

Concretamente, en los casos de contratos de gestación por sustitución, si se procediera a una aplicación estricta de las normas de DIPr, las autoridades terminarían aplicando la cláusula de orden público en la mayoría de supuestos para rechazar el reconocimiento de la filiación respecto de los padres intencionales (sobre todo en relación con la materna).

No obstante, en la práctica cada vez más se tiende a reconocer dicha filiación en atención al interés superior o prevalente del menor, que debe ser protegido en todo caso y prima sobre otras circunstancias como la ilicitud del contrato en el Estado de que se trate. Así ha ocurrido por ejemplo en el caso de los gemelos M&M en Bélgica; una pareja de varones casados en Bélgica se desplazó a California donde tuvieron gemelos gracias a la gestación por sustitución, siendo el material genético masculino de uno de los hombres de la pareja. Cuando pretendieron inscribir el certificado de nacimiento en Bélgica un Tribunal de Primera Instancia lo impidió por violación del orden público al derivar de un contrato de gestación por sustitución. El asunto llegó a

la Corte de Apelación de Lieja, la cual (en sentencia de 6 de septiembre de 2010) distinguió en un primer momento entre el padre biológico y el otro integrante de la pareja que no tenía vínculo genético con los gemelos. A continuación, dicho tribunal reconoció que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al orden público, pero que el interés superior del menor debía prevalecer en el supuesto, el cual quedaría perjudicado si no se reconociera vínculo jurídico con el padre biológico que por lo tanto tenía ser afirmado y reconocido. De esta forma, se llegó a una mejor solución pero no plenamente satisfactoria por cuanto el otro varón de la pareja carecía de vínculo legal de filiación por no ser padre biológico.

Finalmente, debemos notar que estas soluciones ad hoc tendentes a proteger el interés superior del menor resuelven sólo parcialmente el problema, ya que la mujer (en caso de parejas heterosexuales) o el hombre que no aporta su material genético (en caso de parejas homosexuales) van a tener enormes dificultades para disponer de un vínculo jurídico de filiación respecto del menor, teniendo en cuenta que la alternativa que se les suele proporcionar, la adopción, no es la más satisfactoria como fácilmente se puede apreciar.

2) Estados que aplican la "Lex Fori" a la cuestión de la filiación.

En este grupo fundamentalmente se encuadran los Estados del Common Law, en los que la determinación de la filiación es en mayor medida una cuestión de hecho que de Derecho. En esos países lo más habitual es que se aplique la legislación interna para la determinación de la filiación sin tener en cuenta el lugar de nacimiento (aplicabilidad extraterritorial del Derecho interno), lo cual puede dar lugar a una respuesta completamente diferente a la prevista en el lugar de nacimiento del niño/a, con los inconvenientes que esto genera.

Como contrapartida, si resulta que la aplicación de ese Derecho interno lleva a la situación de que uno o los dos padres intencionales no consiguen determinar la filiación a su favor, el ordenamiento jurídico de tales Estados configura una serie de medios para adquirir la paternidad o maternidad jurídica entre los que podemos destacar los siguientes: a) en aquellos Estados donde hay una regulación específica de la gestación por sustitución, habrá que estar al cumplimiento o no de los requisitos previstos en tales normas para la determinación de la filiación; b) en otros Estados, simplemente se abre la posibilidad de la adopción, la cual no parece satisfactoria (no es lo mismo para los padres intencionales sean considerados sus verdaderos padres de forma equivalente a la filiación natural, que ser considerados padres adoptantes).

En los Estados de este grupo, normalmente los jueces se muestran abiertos y propensos a atender las necesidades de los padres intencionales, pero al mismo tiempo reclaman una normativa específica que atienda los intereses de esos padres que en muchas ocasiones quedan totalmente desprotegidos por el Derecho.

Al margen de lo anterior y en común con los dos grupos de Estados que hemos visto, existen ordenamientos donde incluso cabe la posibilidad de aplicar sanciones penales por la práctica de la gestación por sustitución. Esta es una cuestión que preocupa cada vez más a nivel internacional por cuanto la sanción penal va en contra de la tendencia hacia la admisión y reglamentación de la gestación por sustitución. Además, este tipo de sanciones generan situaciones que deberían ser evitadas de manera absoluta; por ejemplo, la desesperación de los padres intencionales que terminan cometiendo otros actos punibles por el hecho de no poder volver a su lugar de residencia o no ser reconocidos como los padres legales; o también, la situación de desprotección absoluta en la que quedaría el menor en el caso de que los padres intencionales fueran castigados con la pena privativa de libertad.

En conclusión, queda determinada la perspectiva general a la que debemos atenernos en relación con la problemática de los contratos de gestación por sustitución y la Ley aplicable a la determinación de la filiación para, a continuación, entrar a valorar las respuestas que se aportan en distintos ordenamientos jurídicos de Derecho comparado comenzando por el de nuestro país.

3.- LEGISLACIÓN PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NATURAL E INTENCIONAL.

A) NORMATIVA ESPAÑOLA.

Todos los preceptos y normas que vamos a citar, ya sean éstas de carácter interno o de carácter internacional (Convenios y Tratados), vienen inspiradas y justificadas por lo dispuesto en la Constitución Española de 1978, que sobre esta materia ha regulado los siguientes aspectos:

Art. 14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Art. 39:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En España, la filiación, tal y como refleja el art. 108 del Código Civil, puede ser de hasta cuatro formas distintas: a. Matrimonial; b. No matrimonial; c. Adoptiva; y d. Mediante técnicas de reproducción asistida.

A su vez, se pueden reconducir a dos categorías más genéricas tal como venimos viendo a lo largo del presente seminario:

a) Natural, donde el elemento fundamental viene determinado por la carga biológica.

b) Intencional, donde el elemento fundamental es el volitivo.

i. Adopción

ii. A través de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Una vez que tenemos claro el esquema general de la filiación en España, pasamos a analizar la ley aplicable a la determinación de cada una de las categorías mencionadas para después hacer referencia a la gestación por sustitución y cómo se determina la ley aplicable a la misma en España. Sin perder de vista lo dispuesto en el art. 9.4 del Código Civil: *"El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo"*.

Con carácter general, tendremos en cuenta lo dispuesto en el art. 113 del Código Civil cuando dispone que: *"La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria"*.

a. Filiación matrimonial:

Se determina por el matrimonio de los padres, tal y como se extrae de los arts. 115 a 119 del Código Civil; de estos preceptos cabe destacar la regla de que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y

antes de los trescientos días siguientes a su disolución o la separación legal o de hecho de los cónyuges.

La filiación matrimonial se determina legalmente por la inscripción en el Registro del nacimiento junto con la del matrimonio de sus progenitores. O bien, por sentencia firme.

Están legitimados para promover la reclamación de la filiación matrimonial el padre, la madre o el hijo en cuestión según el Código Civil.

b. Filiación no matrimonial:

Se determina legalmente, en virtud de los arts. 120 a 126 del Código Civil, de cuatro formas distintas:

1ª. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

2ª. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

3ª. Por sentencia Firme.

4ª. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

Todo ello con carácter general sin olvidar que el Código Civil prevé reglas especiales para casos concretos de minoría de edad o incapacidad.

Es por tanto un reconocimiento formal, expreso y solemne, donde se manifiesta la paternidad o maternidad biológica del progenitor. El reconocimiento presupone la veracidad de la filiación, es extrajudicial y el encargado del Registro Civil no tendrá facultad de investigación.

El reconocimiento puede ser de complacencia, es decir, el que reconoce sabe que no es el padre biológico pero reconoce al hijo como suyo. Este reconocimiento no podrá ser impugnado.

Está legitimado para promover la reclamación de la filiación matrimonial sólo el hijo durante toda su vida según lo dispuesto en el Código Civil.

Es común a ambas formas de determinación de la filiación que ésta venga motivada por la posesión de estado siempre que no esté ya otra inscrita.

c. Filiación por adopción:

Antes de analizar los concretos preceptos que se ocupan de esta materia tendremos en cuenta lo dispuesto en la Ley 54/2007 de adopción internacional. En concreto, en esta ley se regulan todos los aspectos de Derecho internacional privado de la adopción internacional.

Los preceptos que se ocupan de esta materia en el Código Civil son los arts. 175 a 180. Además de los requisitos que deben cumplir tanto adoptantes como adoptado el Código Civil establece que la filiación por adopción se determinará por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. El proceso se inicia mediante expediente de adopción en el que es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante salvo ciertos supuestos en los que no será necesario. Es importante recalcar que habrá de consentir en la adopción, en presencia del juez, el adoptante y el adoptando mayor de doce años.

La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y la familia anterior y además es irrevocable.

Ya sabemos que en virtud de lo dispuesto en la Constitución, tendrán la misma consideración jurídica tanto los hijos naturales como los adoptados sean o no matrimoniales.

d. Filiación mediante técnicas de reproducción asistida:

Hay que hacer constar, como observación previa al estudio de esta filiación, que puede tratarse de un subtipo dentro de las filiaciones matrimonial y no matrimonial, por lo que no es en puridad una forma más de filiación al nivel de las tres estudiadas anteriormente sino que ésta puede ser matrimonial o no matrimonial y en ese sentido se va a regular la forma de determinación de la filiación.

Estas técnicas sólo se pueden realizar cuando existen probabilidades de éxito, cuando no hay riesgo grave para la salud física y psíquica, y siempre previa aceptación libre y consciente de la aplicación de estas técnicas. La madre debe estar informada de los riesgos y probabilidades.

El régimen jurídico de la determinación de esta filiación se establece en un texto legal aparte, la ley 14/2006, de 26 de mayo. Este texto legal recoge un precepto general y previo, el art. 7:

"1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido".

Cabe destacar lo dispuesto en el art. 7.3 que establece por primera vez, un nuevo matiz que hasta ahora no se ha tenido en cuenta y es que en un matrimonio homosexual formado por dos mujeres pueden hacer constar en el Registro que ambas son madres del nacido.

Distinguiremos entre filiación matrimonial y no matrimonial y a su vez si incurre o no donante: si el semen procede del varón de la pareja estaremos ante una inseminación artificial homóloga; si el semen procede de un tercero, estaremos ante inseminación artificial heterónoma.

a) Matrimonial con semen del marido: art. 6, si la mujer está casada la regla general impone que debe prestar consentimiento el marido, libre, consciente y formal; si presta el semen se presupone ya que el hijo es biológico y nacido dentro del matrimonio por lo que su régimen será el del Código Civil. Y si el matrimonio está formado por dos mujeres ya hemos visto el régimen que para ellas prevé la propia Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su art. 7.

b) No Matrimonial con semen de la pareja: la filiación se determina por el parto. La mujer se somete a estas técnicas y es fecundada con el semen de su pareja. El consentimiento expreso y formal de éste no se contempla en la ley, de manera que nos remitimos al Código Civil (paternidad extramatrimonial) y se considerará escrito indubitado el escrito que se extiende como donante, por analogía. Según el art. 49 de la Ley del Registro Civil se puede inscribir la filiación como no matrimonial por expediente gubernativo o sentencia firme.

c) Matrimonial con semen de un tercero: para la determinación de la filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida ya hemos avanzado en el esquema previo que lo determinante es el elemento volitivo, de tal forma que, un matrimonio que se somete a estas técnicas y han prestado su consentimiento formal, previo y expreso a una fecundación con contribución de donante no podrán después impugnar ninguno de los dos la filiación matrimonial resultante de esa fecundación. Ese consentimiento se considerará escrito indubitado a efectos de lo dispuesto en el art. 49 de la Ley del Registro Civil.

d) No Matrimonial con semen de tercero: si hay consentimiento del varón la paternidad corresponde al que da el consentimiento. El consentimiento se considera escrito indubitado a efectos de lo dispuesto en el art. 49 de la Ley del Registro Civil.

e) Fecundación post-mortem: art. 9 LTRHA, se refiere al hecho de que la mujer que se somete a estas técnicas se insemina con semen del varón fallecido. Tiene que ser en los 300 días siguientes al fallecimiento, de lo contrario no podrá determinar legalmente la filiación. A no ser que el fallecido haya hecho constar en testamento o documento público su voluntad de que su material genético sea utilizado para inseminar a su mujer.

e. Filiación por gestación por sustitución:

Como ya se ha tenido oportunidad de comentar, se trata de un acto reproductor que genera el nacimiento de un hijo que está gestado por una mujer sujeta a un contrato mediante el cual cede los derechos sobre el nacido en otra mujer.

En España está prohibido, el contrato será nulo, tal y como se extrae del art. 10 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

"1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

El semen puede ser del marido o pareja o de un donante y en la mayoría de los supuestos la madre sustituta no será la biológica.

El marido (de la madre intencional) que además sea donante puede ejercer la acción de filiación o el hijo puede reclamar la paternidad.

La mujer gestante puede ser casada, en cuyo caso habrá presunción de paternidad sobre su marido, de tal forma que el padre biológico puede acudir a la acción mixta: impugna la paternidad matrimonial y reclama la suya.

En el caso de España, como vemos, la maternidad se determina por el hecho del parto.

La razón del tratamiento jurídico que en este país se da a los contratos de gestación por sustitución deriva de la consideración de las personas como sujetos de

derechos y no objetos de los mismos, teniendo en cuenta que mediante estos contratos se determinaría que el hijo es realmente el objeto del contrato.

Por otra parte, el orden público tendrá mucho que ver en la materia de la que venimos hablando. Normalmente en estos contratos habrá elementos de extranjería por lo que entenderemos el art. 10 LTRHA como una norma de policía. O el art. 12.3 Código Civil relativo al orden público: *"En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público"*.

Al tratarse de un contrato, atenderemos al art. 10.5 del Código Civil: *"Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato."*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen".

Ante la imposibilidad de recurrir a la maternidad subrogada en España, los ciudadanos españoles recurren a esta técnica de la maternidad subrogada en los países que la permiten legalmente. Por eso estamos ante contratos con elemento de extranjería muy habitualmente.

En nuestro ordenamiento lo que se regula es la inscripción de esos hijos nacidos en un Estado donde la maternidad subrogada está permitida. Para ello acudimos a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil, que en su art. 15 establece como primer requisito para llevar a cabo la inscripción que el hijo haya nacido en España o que el nacido ostente la nacionalidad española. Y para determinar ésta última estaremos a lo dispuesto en el art. 17. a) del Código Civil: *"Los nacidos de madre o padre españoles"*.

El reconocimiento de los hijos nacidos en el extranjero por maternidad subrogada se basa en los principios de igualdad entre hijos naturales y adoptivos, la igualdad entre hombres y mujeres y la protección del interés superior del menor.

Junto con la solicitud ha de presentarse el certificado de nacimiento del menor, el certificado de nacimiento de los promotores y el libro de familia de los interesados.

El régimen previsto en el Reglamento del Registro Civil es el siguiente:

"Art. 85. Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española."

Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en

cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.

Art. 86. Con los documentos no redactados en castellano ni en ninguna de las demás lenguas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, o escritos en letra antigua o poco inteligible, se acompañará traducción o copia suficiente hecha por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competentes. No será necesaria la traducción si al Encargado le consta su contenido".

Si el hijo ha nacido en un país extranjero donde se permiten estas técnicas estamos ante un supuesto de Derecho Internacional Privado y el Derecho estatal regulador de la cuestión es el art. 9.4 del Código Civil, que ordena la aplicación de la ley personal del hijo (art. 9.1). Por tanto, las autoridades españolas aplicarán esa ley personal del hijo, de manera que si el nacido es español se aplicará la LTRHA y por ello la filiación se determinará por el parto.

Si la filiación ya se ha determinado en el extranjero, hay que concretar los efectos jurídicos que esa resolución va a tener en España. Ya no es una cuestión de ley aplicable sino de reconocimiento de un acta registral extranjera. En este sentido atenderemos a las normas de conflicto del Estado de origen.

"Art. 81. El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales".

Es decir, no se aplicarán ni las normas de Derecho sustantivo español ni las Normas de Conflicto españolas. Lo que se exige es que no contradiga el orden público español.

Para finalizar el estudio de la determinación de la filiación natural e intencional en el ordenamiento jurídico español haremos una pequeña referencia a la nueva Ley 20/2011 de Registro Civil. No obstante, nada dice de los nacimientos acaecidos mediante gestación por sustitución. Equipara por completo la filiación matrimonial y la no matrimonial.

En supuestos de gestación por sustitución, la filiación quedará determinada por las normas de Derecho Internacional Privado. Además, en su art. 98 establece los requisitos para acceder al Registro Español las inscripciones de Registros Extranjeros:

"1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley.

3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan".

Aunque sigue presente el obstáculo del orden público.

Respecto a la determinación, para el Derecho español, de la filiación del sujeto nacido mediante técnicas de reproducción asistida y cuya filiación ha sido determinada en el extranjero (lo que ocurre cuando españoles regresan a España con un menor que conforme documentación oficial extranjera es "hijo" suyo, y no de la madre sustituta), se han sostenido principalmente tres tesis.

a) Tesis legeforista de la aplicación sistemática del Derecho sustantivo español.

Es la tesis que sigue la magistratura y consiste en la convicción de que la filiación en estos casos debe determinarse con arreglo al Derecho sustantivo español, ello sobre la base de tres consideraciones: (i) El documento registral extranjero no es una "decisión" extranjera, sino un documento en el que constan "hechos" y en consecuencia, debe calificarse por el Encargado del Registro Civil Español, quien comprobará la "realidad del hecho" y su "legalidad". Para los defensores de esta tesis la determinación de la filiación para el Derecho español, es una cuestión de derecho aplicable a la filiación y no de validez en España de una "decisión". (ii) La ley aplicable a la filiación no se fija mediante el art. 9.4 CC, sino que debe aplicarse el art. 10 LRTHA, "norma material imperativa" deben aplicar las autoridades españolas en todos los casos, nacionales e internacionales, que conozcan. (iii) Se ha producido un fraude a la ley, pues los españoles se han trasladado al extranjero con el único objetivo de evadir la aplicación del art. 10 LRTHA y lograr una concreta filiación del menor a su favor (Forum Shopping); su sanción por lo tanto es la ineficacia. (iv) La madre es quien dio a luz al nacido; los sujetos que la contrataron no son los padres para el Derecho español.

b) Tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial. Es la tesis que siguen actualmente los Registros Civiles españoles (a partir de la Instrucción DGRN de 5 de octubre 2010). Se plantea que es posible trasladar al Registro Civil español la filiación de nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución, tal como fue acreditada en el extranjero. Para ello es necesario que se presente a las autoridades españolas una resolución judicial extranjera que acredite la filiación y que se compruebe que la mujer gestante dio su libre consentimiento para perder su patria potestad y que el menor no ha sido objeto de comercio.

c) Tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante decisión extranjera. Fue adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de febrero de 2009, antes de la Instrucción DGRN de 5 de octubre 2010. Se sostenía que en virtud de los arts. 81 y 85 RRC, es posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos por gestación por sustitución tal y como consta en la certificación registral extranjera. (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *“Derecho Internacional Privado, Volumen II, décimo cuarta edición”*, p. 310-311)

B) DERECHO COMPARADO.

ESTADOS UNIDOS.

Aunque no todos sus Estados admitan la gestación por sustitución, EE.UU. se ha convertido en el gran referente en este ámbito, pues no solo 18 de sus Estados permiten su contratación con carácter oneroso (California, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvania, South Carolina, Alabama, Arkansas, Connecticut, Illinois, Iowa, Nevada, North Dakota, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, West Virginia), sino que continua siendo el país al que más personas recurren buscando este tipo de gestación.

De entre los Estados antes mencionados, destaca California por ser el lugar de mayor demanda de los EE.UU., además del vasto desarrollo jurisprudencial logrado en esta materia, al cual ya se ha hecho referencia anteriormente. Es por ello que nos referiremos a su normativa, en concreto al California Family Code, que en su parte tercera (denominada Uniform Parentage Act), dispone que la filiación se establece como sigue: (a) entre el niño y su madre biológica, mediante prueba de que ella lo dio a luz, o conforme lo señalado en esta parte, (b) entre el niño y el padre biológico, conforme lo señalado en esta parte, (c) entre el niño y padre/madre adoptivo, mediante prueba de su adopción (sección 7610).

Con carácter general, si los padres están casados cuando nace el niño (o hasta trescientos días después del matrimonio si éste es anulado o declarado inválido, o termina por muerte, divorcio o separación) la filiación se establece automáticamente, pues se presume que el niño de la mujer que cohabita con su marido es hijo de ambos (secciones 7540 y 7611). Desde enero de 2005, esta presunción legal rige también para los socios domésticos (“domestic partners”), si se hallan registrados como tal cuando nace el niño.

Además de este supuesto, existen otros casos en los cuales la ley presume la paternidad, pero son presunciones que pueden romperse mediante la acción apropiada, y siempre que medie evidencia clara y contundente (secciones 7611 y 7612).

Destaca la sección 7613, que dispone que si bajo la supervisión de médicos licenciados y con el consentimiento de su marido, una mujer es inseminada artificialmente con semen donado por otro hombre, el marido será tratado legalmente como si fuera el padre biológico del niño. Por otro lado, el donante de semen que lo entrega a estos médicos licenciados o a un banco de esperma autorizado para su uso en la inseminación artificial o fertilización in vitro de una mujer distinta a la esposa del donante será considerado legalmente como si no fuera el padre biológico del niño concebido.

Ahora bien, de no tratarse de un matrimonio, la filiación debe ser establecida legalmente necesariamente. Ello puede lograrse de dos maneras:

(i) Firmando una declaración de paternidad, en forma voluntaria. Cuando se encuentra firmada correctamente por ambos padres, establece a ambos como padres legales del menor, y tiene el mismo efecto que una resolución judicial que determine la filiación de un niño, sin que nadie tenga que recurrir a los tribunales (sección 7573). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que firmar dicha declaración significa ceder ciertos derechos en el proceso de establecer la paternidad, como son el que haya un juicio que determine la cuestión de la filiación, el derecho a pruebas de ADN, la oportunidad de presentar el caso a los tribunales (incluyendo el derecho de presentar e interrogar a testigos) o el derecho a un abogado.

(ii) Obteniendo una resolución judicial, como resultado de activarse el procedimiento que prevee la sección 7630.

Como se ha podido ver, el Family Code también contempla la filiación mediante técnicas de reproducción asistida, entendiendo como reproducción asistida a cualquier concepción lograda por medio distinto del acto sexual. Así, para la legislación californiana, un acuerdo de reproducción asistida es un contrato escrito que incluye a una persona que tiene la intención de ser el padre legal de un niño o niños nacidos mediante reproducción asistida, y que define los términos de la relación entre las partes del contrato (sección 7606). Y en este tipo de acuerdo, que queda enmarcados los contratos de gestación por sustitución.

En este punto, es importante recordar que en California, el procedimiento de solicitar el reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes, excluyéndolo para la madre gestante, y de ser el caso, para su marido si lo hubiera, se activa por la acción judicial prevista en la sección 7630 (f), que dispone que quien es parte de un acuerdo de reproducción asistida puede interponer una acción en cualquier momento para establecer la filiación acorde a la intención expresada en dicho acuerdo. Por este motivo, sobre el quinto o sexto mes de embarazo, se celebra un juicio de paternidad (pre-birth judgement, sección 7633 California Family Code), en el cual tras escuchar a la mujer gestante y clarificarse que no tiene derecho ni responsabilidad sobre el menor, el Tribunal dictaminará que al nacer, será inscrito a nombre de los padres intencionales (españoles en caso lo sean), ordenando su inscripción al registro, amén que posea la nacionalidad americana.

En relación a ello, debe tenerse presente que la sección 7620 establece que una persona que tiene coito sexual, o genera la concepción con la intención de convertirse en progenitor legal, mediante técnicas de reproducción asistida, en el estado de California, se somete a la jurisdicción de los tribunales de este estado respecto al procedimiento activado conforme a esta parte, en relación al niño que pueda ser concebido por el acto sexual o la reproducción asistida. Dicha acción podrá ser interpuesta (i) ante el condado donde reside o se encuentra el menor, (ii) ante el condado donde una agencia de adopción autorizada de California tenga sus oficinas, si esa agencia inicia la acción, (iii) si el padre fallece, ante el condado en que los procedimientos de probanza del estado del padre del niño hubieran iniciado o pudieran comenzar.

Fuentes:

California Family Code

<http://www.courts.ca.gov/selfhelp-parentage.htm>

INDIA

Como bien se señaló en el Epígrafe I, India también admite ampliamente los contratos de gestación por sustitución, de carácter oneroso, siendo ésta una práctica que es facilitada por directrices, como la guía ética del Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR) en 2010, sobre reproducción asistida. En esta guía se establecen los derechos e intereses de las partes contratantes y que son los comitentes (no la mujer gestante) los padres del niño gestado; además no se exige la intervención de ninguna autoridad pública. En cuanto a legislación se refiere, cabe señalar que desde 2010, existe una propuesta de ley en el Parlamento que regula ésta y otras técnicas de reproducción asistida.

Ante esa permisibilidad y el bajo coste económico que implica, la demanda de extranjeros ha sido tal, que se vino viviendo un verdadero “boom” y las cifras siguen en aumento: se ha estimado que el segmento reproductivo del mercado en India tiene un valor aproximado de 400 millones de dólares. Así, existe toda una red comercial en torno a estos contratos y una opción de negocio realmente atractiva para las mujeres, quienes siendo madres de alquiler pueden ser capaces de ganar en una subrogación, un ingreso de aproximadamente diez veces más que el de su marido al año; y sobre todo, para las clínicas y centros de reproducción asistida.

Pero esta ventaja económica se genera en un contexto social bastante difícil, donde las preocupaciones son varias. Así, se demostró en un estudio del Centre for Social Research, India, *“Surrogate Motherhood – Ethical or Commercial”*, que las gestantes eran frecuentemente analfabetas, confiando en las clínicas para informarse de los términos del contrato, sin otro tipo de asesoría independiente; que los contratos eran usualmente celebrados tras el inicio del embarazo, incluso hasta el cuarto mes; que las clínicas con frecuencia no eran parte del contrato, para evadir responsabilidad, cuando en principio las partes del contrato de gestación por sustitución son tanto los padres comitentes, como la mujer gestante, su marido si lo tiene (porque su consentimiento si es casada es necesario), y la clínica privada o agencia; que la gran mayoría de gestantes indicaron serlo debido a su situación de pobreza; que había preocupación respecto a las presiones ejercidas por otros (agencias, maridos) para que fueran madres gestantes; que no había transparencia respecto a la contraprestación dada a la gestante, concluyendo el reporte que los pagos realizados a las madres gestantes eran arbitrariamente fijados por las clínicas u hospitales en todos los casos (Las cifras y demás datos estadísticos de esta sección han sido tomados del Informe preliminar sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional elaborado en la Conferencia de La Haya, 2012).

Todo ello altera lo que establece la legislación india: que es elemento esencial para contratar, el conocimiento informado sobre las condiciones contractuales, fomentando la generación de abuso y explotación de la mujeres indias.

Además de esta situación, la seguridad jurídica ha sido y permanece reducida, pues la India no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. Según su normativa vigente, a los nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento donde figura el nombre del padre –quien aportó el gameto masculino– y como nombre de la madre, la leyenda “madre subrogante o madre sin estado”; pero este certificado no reconoce la nacionalidad india de del menor, por lo que de no obtener la de los padres intencionales, se convierten en niños apátridas (LAMM, E. p.23)

Frente a este problema, en 2010, ocho Consulados Generales de Estados europeos, entre ellos España, escribieron una solicitud conjunta a un número de clínicas FIV en India, solicitando que se deje de dar la opción de gestación por

sustitución a los nacionales de países cuyas partes interesadas no lo hubieran consultando con sus embajadas primero.

En relación a ello, la propuesta de ley de 2010 que se encuentra en el Parlamento indio contiene una provisión específica para los padres intencionales que no residen en India y desean celebrar un contrato de gestación por sustitución en este país. Dicha provisión establece la necesidad de una autorización previa por parte del Estado de residencia de los padres intencionales, autorización que debe consistir en una documentación adecuada (una carta de la embajada o del Ministerio de relaciones exteriores del Estado de residencia de los comitentes, declarando en forma clara que dicho Estado permite la gestación por sustitución y que al menor nacido a través de ella le será permitido entrar al país como hijo biológico de la pareja o individuo comitante. De este modo, los interesados en ser padres pero de un Estado como España donde se prohíbe esta práctica, no tendrían acceso a este servicio en India.

Esto último es visto en el seno de la Conferencia de la Haya, como un ejemplo de propuesta de cooperación entre Estados, respecto a los contratos internacionales de maternidad subrogada, que adopta, en el plano internacional, una forma de “pre-aprobación” de dichos contratos, similar a la que existe internamente en algunos Estados. Se reconoce así que existen distintas perspectivas legales en torno a la gestación por sustitución y considera la ley del Estado de residencia de los padres (o padre) intencionales antes de que el niño sea concebido. Es un enfoque que crea una división de responsabilidades entre Estados, colocando la responsabilidad de determinar la “elegibilidad” de quienes desean ser padres en el Estado receptor.

En esa línea, y a mediados del presente año, la India ha dejado de ser una opción para los españoles interesados en contratar una gestación por sustitución, pues está vigente desde entonces una orden ministerial que prohíbe la maternidad subrogada a personas homosexuales, solteros extranjeros y parejas de países en los que esté prohibida esa práctica, como es precisamente el caso de España, lo que ha afectado a muchas personas y viene siendo muy criticado desde entonces.

ARGENTINA.

En este país, en los últimos tiempos el tema de las técnicas de reproducción humana asistida y específicamente la gestación por sustitución están siendo objeto de debate, hasta el punto de que se vienen tramitando una serie de proyectos de Ley en torno a la regulación del fenómeno para dar respuesta a los problemas que plantea.

A día de hoy hemos de tener en cuenta que no hay una Ley en vigor que regule la gestación por sustitución, como consecuencia de lo cual se acude a mecanismos indirectos de diverso tipo para que se determine la filiación a favor de los padres

intencionales (o comitentes como también se dice en Argentina). Así pues, la situación es similar a la que se puede plantear en España. En primer lugar, si el padre intencional (en pareja heterosexual) o uno de los varones (en pareja homosexual) aporta su propio material genético, caben dos posibilidades:

- Si la gestante es soltera, el padre que aportó sus gametos reconoce al nacido y la pareja de éste procede a la adopción.
- Si la gestante está casada, su marido debe entablar acción de impugnación de su paternidad (establecida habitualmente por presunciones), de manera que a continuación el padre biológico reconoce al menor y la pareja de éste recurre a la adopción.

En ambos casos estamos ante una indebida utilización de la institución de la adopción, como mecanismo para acceder a una paternidad o maternidad en la práctica que de otra forma no se podría adquirir.

En segundo lugar, si los padres intencionales no aportan material genético alguno, en ese caso solamente queda el recurso a la adopción conjunta, a pesar de que la Ley argentina no permite la entrega inmediata del nacido a unos adoptantes (si bien es cierto que la jurisprudencia lo ha llegado a admitir si hay un vínculo afectivo de cierta relevancia, lo cual habrá que valorarlo en cada caso).

Incluso, en algunas ocasiones se falsifican las partidas de nacimiento, lo cual constituye un delito tipificado en el Código Penal argentino. Además, se ha planteado algún que otro supuesto muy complejo en la jurisprudencia argentina que ha puesto en tela de juicio el sistema previsto actualmente (y que probablemente sea uno de los motivos que justifican la intención de elaborar una nueva normativa, iniciativa de la que se hablará más adelante). Concretamente hablamos de una sentencia en la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, de 14 de abril de 2010, *B., M. A. c. F. C., C. R.*, La Ley on-line, AR/JUR/75333/2010). El caso es el siguiente: una mujer, que tenía voluntad de tener un hijo (madre intencional) y que aportó su material genético, impugnó la maternidad de la gestante ante el Juez de Primera Instancia, el cual inadmitió la demanda por falta de legitimación activa (basándose en los preceptos aplicables al caso del Código Civil argentino). La demandante apeló alegando la obstrucción al derecho a la justicia y la Cámara que conoció del recurso revocó la decisión de primera instancia en virtud del principio de verdad biológica consagrado en el Código Civil y de la legitimación a todo tercero que invoque un interés legítimo para impugnar la maternidad prevista en el mismo cuerpo legal.

Por otro lado, una vez vista la situación actual de la normativa argentina en materia de determinación de la filiación en relación con la gestación por sustitución, debemos tener en cuenta que en el año 2011 se puso en marcha una Comisión para el estudio de la unificación del Código Civil y Comercial de Argentina, siendo una de las

cuestiones de estudio la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y, concretamente la gestación por sustitución, en la que intervino E. Lamm, experta en la materia a la que ya nos hemos referido previamente en este trabajo debido a un artículo en la revista **InDret**? (op. cit. supra). Precisamente a día 27 de noviembre de 2013 comenzó el debate en el Senado de Argentina sobre esta reforma legislativa, donde se prevé salga adelante, de tal forma que el asunto pase al Congreso para su definitiva aprobación en el año 2014.

Pues bien, a continuación procede valorar algunos de los aspectos más relevantes de la reforma en lo que a gestación por sustitución se refiere, teniendo en cuenta que puede ser un parámetro en el que se fijen otros Estados e incluso organizaciones internacionales de cara a futuras normas en la materia. Se trata de un sistema de autorización judicial previa para proceder a la inducción del embarazo, en virtud del cual la filiación se determina a favor de los padres intencionales siempre y cuando se presente el certificado que da prueba del nacimiento, junto a la identidad de éstos y el consentimiento de la gestante (homologado judicialmente). En caso de que falte alguno de los elementos anteriormente descritos, la filiación se determinará conforme a las reglas previstas para la filiación natural.

Además, para que el Juez pueda proceder a la homologación es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Se debe haber tomado en consideración el interés superior del menor; por ejemplo, asegurándose de la idoneidad de los padres intencionales (de manera similar a lo que ocurre en materia de adopción).
- b) La gestante tiene plena capacidad y buena salud física y psíquica; con esto se trata de garantizar por un lado un consentimiento válido y eficaz y, por otro, que el embarazo transcurra con normalidad (en la medida de lo posible).
- c) Al menos uno de los padres intencionales debe aportar su material genético.
- d) Los padres intencionales (o al menos uno de ellos) deben ser incapaces de concebir; con esto se trata de garantizar que se acude a la gestación por sustitución como necesidad y no tanto por cuestiones de oportunidad o de comodidad.
- e) El contrato debe ser gratuito, sin perjuicio del pago de determinadas cantidades en concepto de compensación.
- f) La gestante no puede haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces, evitando de esta forma que se utilice a las mujeres como máquinas reproductoras.
- g) La gestante debe haber tenido al menos un hijo propio, de tal forma que sepa lo que un embarazo conlleva.

En resumen, se han visto las líneas maestras del sistema previsto en Argentina, tanto del vigente como del que puede llegar a existir en un futuro próximo, de lo cual se puede extraer la conclusión de que la gestación por sustitución es una materia que está actualmente en un proceso de regulación y modernización, en el que se trata de asegurar en la mayor medida posible todos los derechos e intereses en juego, teniendo en cuenta que cada vez más se acude a esta técnica reproductiva, tanto a nivel nacional como a nivel internacional gracias a la facilidad de comunicaciones (Internet) y de transporte y a las posibilidades económicas de los padres intencionales; no obstante, esto último abre un interesante debate sobre el diferente acceso a técnicas como la analizada en función de los recursos económicos de los interesados, que también debe ser objeto de examen por las autoridades nacionales e internacionales, sobre todo en el sentido de considerar la oportunidad de una regulación y admisión (amplia pero con garantías) de este tipo de mecanismos reproductivos, de manera que se permita el acceso a la misma sin ningún tipo de discriminación.

ENTORNO EUROPEO.

ALEMANIA: Determinación de la Filiación

Según el artículo 19 de la EGBGB, la filiación se rige en primer lugar por la legislación del país en el que el hijo tiene su residencia habitual, sin distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Con respecto a cada progenitor, puede regirse también por la ley nacional del progenitor. Si la madre está casada, entra en juego su estatuto familiar en el momento del nacimiento. Hay un régimen especial para los hijos nacidos antes del 1.7.1998.

El artículo 20 de la EGBGB dispone que la impugnación de la filiación se rige como regla general por la ley del país en el que se cumplan los requisitos para la impugnación, así como, si es el hijo quien impugna, por la del país en el que este tenga su residencia habitual.

De acuerdo con el artículo 22 de la EGBGB, la eficacia de una adopción viene determinada en principio por la ley nacional del adoptante en el momento de la adopción. La adopción por parte de un matrimonio o por uno de los cónyuges se regula por la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio. Por tanto, los cónyuges de un matrimonio de nacionalidades distintas pueden también adoptar un hijo con arreglo a la legislación del país de su residencia habitual.

En lo que respecta al consentimiento de la adopción por parte del hijo y de sus padres naturales, el artículo 23 de la EGBGB establece la aplicabilidad de la ley nacional del hijo.

El reconocimiento y la eficacia de las adopciones internacionales están regulados en la Gesetz über Wirkungen der Annahme als Kind nach ausländischem Recht (Adoptionswirkungsgesetz -**AdWirkG**? - Ley de los efectos de las adopciones internacionales).

ITALIA. Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida

En el ámbito de las relaciones de filiación, la condición de hijo legítimo y la nacionalidad se adquieren con arreglo a la ley nacional de los padres o de uno de ellos en el momento del nacimiento. Para la constitución de la relación de filiación se hace referencia a la ley nacional del hijo en el momento del nacimiento.

En materia de adopción, se aplica el Derecho italiano cuando se trata de la adopción de un menor solicitada al juez italiano, que puede conferir al menor la condición de hijo legítimo.

Para las otras reglas de conflicto, el artículo 38 de la ley 218/1995, contiene una normativa detallada de cada uno de los supuestos tomados en consideración.

La Ley italiana 40/2004 considera la fecundación artificial como un recurso subsidiario, ya que se permite sólo en el caso que no existan otros métodos terapéuticos para generar hijos por medios naturales. La Ley manifiesta que es el último recurso terapéutico contra la esterilidad.

La Ley italiana permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes. Limita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas de distinto sexo, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad «potencialmente fértil». Ambos miembros de la pareja deben estar vivos (art. 5).

Por tanto, las usuarias de la aplicación de las técnicas de reproducción artificial, a tenor de este artículo, son mujeres casadas o que no estando casadas vivan con varón, para lo cual se requiere que ambos convivientes manifiesten conjuntamente su consentimiento de acceder a la procreación artificial, en la misma forma que ha de prestarlo los cónyuges.

Asimismo, se excluyen como usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida a las mujeres solteras, a las viudas, a las parejas homosexuales y a las «madres-abuelas» y también se prohíbe la fecundación post-mortem (art. 5).

Además, la Ley 40/2004 no autoriza la reproducción artificial heteróloga (art. 4.3) por lo que la mujer sólo podrá ser fecundada con gametos de su marido, debiendo ambos cónyuges prestar su consentimiento mediante un escrito conjunto ante el

médico responsable del Centro donde se vaya a llevar a cabo la reproducción asistida (art. 6.3). Entre la manifestación de la voluntad y la aplicación de la técnica debe transcurrir un término no inferior a siete días. En este sentido, se sanciona el uso de gametos (óvulos y espermatozoides) ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de «madres de alquiler» (art. 12.6) con multas de 300.000 a 600.000 euros y penas de tres meses a tres años de cárcel.

La paternidad legal se corresponde con la biológica. No obstante, de tener lugar la fecundación heteróloga, en contra de la prohibición legal expresa, dispone el artículo 9.1 de la Ley que *“el conviviente, cuyo consentimiento se desprenda de actos concluyentes, no podrá ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad en los casos previstos en el artículo 235, apartado 1, números 1) y 2) del Código Civil italiano, ni la acción de impugnación de la paternidad del artículo 263 del mismo Código”*. Y, se precisa, en este mismo artículo, que el donante de gametos no adquiere ninguna relación jurídica de filiación con el nacido y no puede hacer valer ningún derecho frente a él, ni ser titular de obligaciones (art. 9.3).

FRANCIA. Ley nº 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la bioética

Establece la filiación la Ley personal de la madre al día del nacimiento del hijo, o la Ley personal del hijo si es de madre desconocida.

Los efectos de la filiación se regulan por la Ley nacional del hijo o por la Ley que regula el matrimonio de sus padres.

No obstante, el derecho internacional convencional descarta estas normas en los litigios que implican a Estados Parte de convenios cuyo ámbito material abarca los litigios en cuestión: litigios relativos a la responsabilidad parental, o bien si los hijos interesados tienen su residencia habitual en Francia o en otro Estado Parte del Convenio de La Haya de 1961; desplazamientos ilícitos de menores entre Estados Parte del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; litigios relativos a obligaciones de alimentos, según el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973.

En cuanto a la Adopción según jurisprudencia reiterada, tanto las condiciones como los efectos de la adopción se regulan por la Ley nacional del que adopta, mientras que las condiciones del consentimiento o la representación del adoptado se regulan por la Ley de éste.

El Código Civil francés, en el título VII, Sección IV, en virtud de las reformas de la anterior ley de 1994, regula la reproducción asistida.

El artículo L.2141-2 del Código francés de Salud Pública, en la redacción dada por la Ley 2004-800, afirma que la procreación artificial está destinada a responder a la demanda parental de una pareja y tiene por objeto remediar la infertilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado, o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja una enfermedad de particular gravedad. La procreación artificial está reservada para el hombre y la mujer, que formen parte de la pareja, que estén vivos (no está permitida la fecundación post-mortem), en edad de procrear (la ley no permite a mujeres de más de 40 años ser receptoras de óvulos donados), casados o convivientes sin vínculo matrimonial (en condiciones de poder aportar una convivencia acreditada de al menos dos años) y prohíbe la denominada «madre de alquiler» o útero de alquiler en el art. 16.7 del Código Civil.

El art. L.2141-3, determina que un embrión sólo puede ser concebido in vitro, con gametos procedentes de, al menos, uno de los miembros de la pareja, el cual deberá haber dado el consentimiento. Por tanto, se permite la fecundación heteróloga, pero no podrá establecerse ninguna relación de filiación entre el niño nacido por este tipo de fecundación y el donante de los gametos (art. 311-19 del Código Civil).

Por tanto, al igual que en la legislación española, la legislación francesa permite la fecundación heteróloga. El párrafo primero del artículo 311-20 del Código Civil francés redactado por la Ley núm. 94-653, de 29 de junio de 1994, Sección III De la asistencia médica a la reproducción, dispone que los cónyuges o concubino que, para procrear, recurran a un donante deberán previamente dar su consentimiento al Juez o la Notario. Si se concede implica que después se prohíbe toda acción de impugnación de la filiación. Sin embargo, el consentimiento queda privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Queda también sin efecto la revocación por escrito del hombre o la mujer del consentimiento antes de la realización de la reproducción asistida ante el médico responsable de la aplicación de esta técnica.

Se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien después de haber consentido la asistencia médica no reconociere al hijo que ha nacido.

En Francia también se prohíbe la utilización las técnicas de reproducción humana asistida por una mujer sola.

GRECIA: Ley 3305/2005

Para decidir si un hijo es matrimonial o extramatrimonial (artículo 17 del Código Civil), la ley aplicable es:

- la ley del Estado que haya regido la relación personal entre la madre y su cónyuge en el momento del nacimiento del hijo;
- en caso de haberse disuelto el matrimonio antes del nacimiento del hijo, la ley del Estado que regía la relación personal entre la madre y su cónyuge cuando se disolvió el matrimonio.

La ley aplicable por lo que se refiere a la posibilidad de legitimar a un hijo extramatrimonial (artículo 1 del Convenio de la Comisión internacional del Estado Civil de 10 de septiembre de 1970, ratificado por Grecia mediante la Ley 1657/1986) será la ley del Estado del que sea nacional el padre o la madre, que prevea la legitimación del hijo tanto si los padres contraen matrimonio posteriormente como por decisión del tribunal después de contraerse el matrimonio.

En cuanto a la adopción la ley aplicable a las condiciones de la adopción y fin de la adopción cuando exista un elemento internacional será la ley del Estado de la nacionalidad de cada persona implicada en la adopción (artículo 23 del Código Civil). En los casos en que las personas implicadas en la adopción sean nacionales de Estados distintos, deberán cumplirse las condiciones de todas las leyes de los Estados correspondientes y no deberá haber impedimentos conforme a esas leyes para que la adopción sea válida.

Ley aplicable a la filiación adoptiva:

- en los casos en que sean nacionales del mismo Estado después de la adopción: la ley de ese Estado;
- en los casos en que adquieran una nueva nacionalidad común en el momento de la adopción: la ley del Estado de su nacionalidad común más reciente;
- en los casos en que sean nacionales de Estados distintos antes de la adopción y su nacionalidad no cambie después de la adopción, o cuando sean nacionales del mismo Estado antes de la adopción pero la nacionalidad de una de las personas implicadas en la adopción cambie una vez realizada ésta: la ley del Estado de su residencia habitual conjunta más reciente en el momento de la adopción;
- en los casos en que no tengan ninguna residencia habitual conjunta: la ley del Estado de la nacionalidad del padre adoptivo o, si son cónyuges los que adoptan, la ley que regule su relación personal.

Se admite la maternidad subrogada con los siguientes requisitos:

- La madre gestante no puede ser la biológica. Es decir, en todos los casos la madre comitente debe aportar su material genético.
- Debe existir autorización judicial para poder llevarse a cabo. En la misma se determinará que no habrá compensación económica de ningún tipo salvo la que se podría pactar para la compensación de gastos.
- La madre comitente ha de ser siempre menor de 50 años
- Debe probar que es incapaz de llevar a cabo la gestación
- Si la madre gestante está casada es imprescindible el consentimiento de su marido. Además debe probar que está sana tanto física como psicológicamente.
- Las dos partes deben tener residencia habitual en Grecia.

Los padres comitentes se determinarán como padres legales dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento del hijo. La madre gestante podrá reclamar su maternidad si demuestra que el material genético es de ella.

El procedimiento para expedir el certificado de nacimiento se realiza en el hospital y en él deberá constar que se trata de una maternidad subrogada y serán los comitentes quienes lo entreguen en el Registro Civil acompañado de una copia de la resolución judicial en diez días.

GRAN BRETAÑA:

Las responsabilidades parentales con los menores (de 18 años) se regulan por el Derecho inglés cuando sus tribunales sean competentes, aunque el menor resida en el extranjero y ostente nacionalidad extranjera. Sin embargo, de conformidad con el Reglamento 1347/2000 de la UE relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, los órganos jurisdiccionales de Inglaterra solamente serán competentes cuando el menor resida en Inglaterra o Gales o cuando resida en otro Estado miembro y además al menos un cónyuge que tenga responsabilidad parental haya aceptado la competencia de los tribunales ingleses.

Un hijo es legítimo cuando nace dentro del matrimonio, con independencia de su lugar de nacimiento, o si ha sido legitimado por la ley del que fuera el domicilio de cada uno de los padres en el momento de su nacimiento.

Los tribunales aplicarán el Derecho inglés para nombrar a una persona tutor de un menor siempre que sean competentes los órganos jurisdiccionales ingleses (lo que

sucedará cuando el demandante sea ciudadano del Reino Unido o resida o se encuentre de manera habitual en territorio de Inglaterra o Gales).

Los tribunales ingleses aplicarán la ley inglesa en casos de adopción cuando sean competentes (lo que sucede cuando el solicitante esté domiciliado en Inglaterra o Gales en el momento de presentar la solicitud; los tribunales considerarán asimismo la posibilidad de que se reconozca en el extranjero una resolución dictada en Inglaterra cuando ello sea necesario para el ejercicio de su jurisdicción). El efecto de estas resoluciones es transferir todas las responsabilidades de los padres existentes a los padres adoptivos.

En Gran Bretaña no se prohíbe la maternidad subrogada siempre y cuando ésta se lleve a cabo de forma gratuita y sin mediar intermediario. Están penalizados los contratos comerciales en torno a la gestación por sustitución.

La filiación se determina a favor de la mujer que pare y se transfiere a los padres comitentes tras solicitarlo en los tribunales y tras seis semanas. Tiempo que se da a la madre gestante para retractarse. El hijo tendrá dos actas de nacimiento.

Desde el 1 abril de 2009 se permite la determinación de la filiación a favor de parejas homosexuales formalizadas en una unión civil registrada. Ley Human Fertilisation and Embriology act. 2008.

4.- CONCLUSIÓN.

Una vez se han analizado los aspectos más relevantes de la Ley aplicable a la determinación de la filiación natural y, sobre todo, intencional, estamos en disposición de tomar una visión general del asunto y preguntarnos por las líneas a seguir en un futuro a corto-medio plazo.

En este sentido, la problemática es sumamente compleja y por tanto el reto, muy grande, siendo los principales responsables quienes tienen el poder de decisión: operadores políticos y jurídicos. Y es que mientras no se regule adecuadamente la gestación por sustitución, se verificarán situaciones injustas, de desprotección y vulneración de los derechos y valores. Lo ha dicho Eleonora Lamm: “Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Sin perjuicio de que estas estrategias, en muchos casos, conllevan una intrínseca violación de derechos.

Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa. La explotación

de las mujeres sólo puede evitarse –atento a que se hace– con una regulación que controle y limite esta práctica”.

Así pues, hemos de notar que el problema de la gestación por sustitución ha adquirido una dimensión mundial, lo que hace necesario que se busquen soluciones también de índole internacional con las que dar respuesta a los principales interrogantes que plantea. En línea con lo anterior, ya ha habido algún intento conjunto de varios Estados en materia de gestación por sustitución como demuestra la carta enviada por una serie de países europeos (hasta ocho) dirigida a las clínicas que practican esas técnicas de reproducción en India con el objetivo de que se abstengan de llevarlas a cabo respecto de los nacionales de los Estados firmantes de esa carta si no se ha consultado previamente a su embajada.

Precisamente, en este ámbito de búsqueda de soluciones conjuntas debe ocupar un papel relevante la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuyos trabajos inspiran también el presente Epígrafe y el número IV (de manera especial un informe de 2012 que aparece en la bibliografía) y que pueden servir de cara a un futuro instrumento normativo internacional que regule en general el establecimiento de la filiación y que incluya a su vez disposiciones relativas a la gestación por sustitución (si bien es cierto que cabría elaborar un texto específico en materia de gestación por sustitución, sin embargo plantearía problemas de diversa índole como por ejemplo la determinación de los parámetros para la limitación de su ámbito de aplicación). De esta forma, la Conferencia ha tratado de identificar las necesidades que es preciso atender con dicha normativa y ha señalado básicamente dos cuestiones:

- Por un lado, es necesario proteger los derechos e intereses del menor que nazca como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, intereses que ya están presentes en otras normas como por ejemplo las relativas a la adopción.
- Por otra parte, y como se ha tenido ya oportunidad de señalar, hay que aportar mecanismos de tutela de las madres gestantes para protegerlas del tráfico ilegal operado por las mafias y de los propios padres intencionales ya que, en algunas ocasiones, su deseo por tener un hijo les lleva a cometer actos contrarios a los intereses de esa madre gestante.

En definitiva, lo que se pretende con un instrumento normativo de tales características es alcanzar un cierto equilibrio entre las formas y procedimientos previstos en la normativa de cada Estado y la protección de todas las partes implicadas en un contrato de gestación por sustitución. Además, un marco jurídico internacional en la materia que nos ocupa también contribuiría a fomentar el respeto por otras normas de carácter internacional que tratan de tutelar otros aspectos relacionados con el menor y con las relaciones familiares (teniendo en cuenta que muchas veces el problema está en la no aplicación de las normas vigentes).

A la hora de elaborar la referida norma internacional, dada la disparidad de concepciones previstas en las normas estatales de los diferentes países, desde la Conferencia de La Haya se señala la importancia de la toma en consideración de los principios contenidos en algunas normas fundamentales del sistema internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño, además del principio de confianza mutua entre los sistemas jurídicos; de esta forma, se podrían unificar posturas de cara a la consecución del consenso que redundaría en una mayor y más efectiva aplicación del eventual instrumento internacional que pudiera aprobarse.

En definitiva, desde la Conferencia de La Haya se propugna como solución a los problemas planteados la armonización de las reglas de Derecho Internacional Privado en materia de establecimiento de la filiación derivada de las técnicas de gestación por sustitución, mediante un convenio internacional que pueda regular competencia judicial internacional, Ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones. Para ello, es imprescindible conocer el Derecho comparado de los distintos Estados del que dependerá la elaboración del texto internacional, teniendo en cuenta que en este ámbito es necesario un consenso interestatal en materias que habitualmente generan importantes diferencias entre países. Por otra parte, como sabemos uno de los elementos que más problemas plantea tanto en Derecho aplicable como en reconocimiento es la utilización del orden público por parte de los diversos Estados en relación con filiaciones establecidas por gestación por sustitución en otros Estados extranjeros. Pues bien, un instrumento de las características que venimos propugnando evitaría gran parte de los problemas en relación con el orden público, ya que acercaría muy probablemente el entendimiento sobre ese concepto jurídico indeterminado entre los Estados participantes del eventual convenio.

Por lo tanto, y a pesar de lo anterior, el principal problema en materia de gestación por sustitución es que en este ámbito no parece haber un conjunto suficientemente amplio de principios internacionales de consenso entre los Estados para poder establecer un sistema de carácter internacional; sin embargo, lo anterior puede resolverse mediante el recurso a la Convención de 1993 en materia de adopción. Tanto la gestación por sustitución como la adopción tienen en común que en ambos casos se parte de una divergencia importante entre las concepciones y normativas de los diferentes Estados. Ahora bien, ello no impide (como se vio en 1993) elaborar una norma internacional, porque al margen de la reglamentación interna de los Estados para la cual siguen siendo libres, a éstos también les interesa garantizar en la mayor medida de lo posible los derechos e intereses de todas las partes en juego mediante el establecimiento de unos mínimos en la norma internacional.

No obstante, la armonización no debe ser la única vía de respuesta a los problemas de la gestación por sustitución, como también ha puesto de manifiesto la

Convención de 1993 sobre adopción, la cual no busca una unificación de las reglas de DIPr en materia de competencia judicial, Derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones, sino más bien establecer un sistema de cooperación basado en la confianza mutua, que puede ser extrapolable a un eventual instrumento sobre gestación por sustitución, con el objetivo de proteger a todas las partes implicadas y, sobre todo, de evitar lo que en el texto en francés del informe de la Conferencia de La Haya conoce como filiación "boiteuse" ("coja" en una traducción literal), es decir, filiación solamente respecto de uno de los padres intencionales, lo cual pone en riesgo esa tutela del interés superior del menor (prevalente en situaciones como la que nos ocupa).

Para finalizar con los paralelismos respecto del Convenio de 1993, éste establece un sistema por virtud del cual cada Estado atribuye competencias en la materia a una autoridad central encargada de velar por todos los intereses en juego, mecanismo que también debería ser llevado a un eventual sistema internacional en materia de gestación por sustitución.

Al margen de lo anterior (se ha visto la perspectiva internacional de la cuestión), no debemos olvidar que nos encontramos en España, un país que requiere del replanteamiento de las concepciones en materia de gestación por sustitución, si se pretende que el Derecho sirva para la resolución de conflictos sociales. Así pues, en línea con lo anterior y después de todo lo estudiado, podemos afirmar que todas las posibles vías de escape conducen irremediablemente a una modificación de la ley 14/2006 (LTRHA) en el sentido de permitir la gestación por sustitución, ya que el paso más avanzado dado hasta ahora es el reconocimiento de los hijos nacidos en el extranjero mediante esta técnica (de lo cual se hablará en posteriores epígrafes del seminario).

En conclusión, se observa que la cuestión de la gestación por sustitución está plenamente abierta y necesitada de una atención específica e individualizada por parte de los poderes públicos (sobre todo del legislador) con el objeto de aportar soluciones a las complejas problemáticas que presenta, teniendo en cuenta que es un mecanismo al que cada vez acude un mayor número de personas.

5.- BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, décimo cuarta edición 2013-2014, Ed. Comares.
- VIDAL MOLINA, BEGOÑA, *Reconocimiento en España de la Gestación por Sustitución*, Trabajo de Fin de Máster 2011 – 2012, tutores: Dra. Pilar Jiménez Blanco/Dr. Ángel

Espiniella Muñoz. Máster en Protección Jurídica de las Personas y de los Grupos Vulnerables.

http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/4061/3/TFM_Bego?%C3%B1a%20Vidal%20Molina.pdf

- DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia*, Madrid, Ed. Tecnos.

- DÍAZ ROMERO, M.^a DEL ROSARIO, "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico" Diario La Ley, Nº 7527, Sección Doctrina, 14 Dic. 2010, Año XXXI, Ref. D-378, Editorial LA LEY. LA LEY 13778/2010.

- ANDORNO, R., "Síntesis de la legislación europea y comentario de dos proyectos de ley presentados al Senado argentino".

- LAMM, E., "Gestación por sustitución Realidad y Derecho", *InDret?*, Barcelona, julio 2012.

- DURÁN AYAGO, A. *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*. En: "Anuario Español de Derecho Internacional Privado", Tomo XII, Iprolex, 2012, p. 274

- Informe preliminar sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya (marzo de 2012), disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>

- RUBIO SANCHIS, M. "Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante", Trabajo de Fin de Máster 2012, tutores: Esther Torrelles Torrea y Pilar Maestre Casas. Master en Estudios Interdisciplinares de Género.

- GERMÁN ZURRIARÁIN, R., "Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado", Departamento de Ciencias de la Educación, Universidad de La Rioja.

- RUIZ MARTÍNEZ, R., "Maternidad Subrogada", TFG Dpto. Enfermería Universidad de Cantabria, junio 2013.

NORMATIVA:

- Constitución Española de 1978. Publicada en BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. Publicado en GACETA de 25 de Julio de 1889.

- Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil. Publicada en BOE núm. 151 de 10 de Junio de 1957.

- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Publicada en BOE núm. 175 de 22 de julio de 2011.

- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Publicado en el BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 1958.

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Publicada en el BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2006.

- Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada en Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

- Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (hecho el 29 de mayo de 1993), en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt33es.p>

Ley alemana de protección del embrión, n. 745/90 del 13/12/90

- Ley Human Fertilisation and Embriology.

- Ley 3305/2005, griega.

- Ley francesa nº 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la bioética.

- Código civil francés

- Ley italiana nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida.

- Ley EGBGB (Código Civil Alemán)

ENLACES WEB:

- <http://www.laprensa.com.ar/416447-El-Senado-aprobaria-hoy-el-proyecto-de-unificacion-de-los-codigos-Civil-y-Comercial-.note.aspx>

- http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_ger_es.htm#III.4.

- - http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_ita_es.htm#III.4.

- - http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_fra_es.htm#III.3.

- - http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_gre_es.htm#III.4.
- http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_eng_es.htm#III.4.
- http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/01/actualidad/1341167968_419291.html
- http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/01/actualidad/1383337785_128269.html
- <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/08/29/espana/1377774180.html>

III. Problemas de reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución

© Raquel Martín Diéguez / Sara Cristina Gonçalves Pereira / Ainhoa González Anitua / María Hernández Gregorio / Andrea Moreno Ubierna.

La maternidad subrogada es una práctica médica y legal existente en el extranjero que plantea el problema del reconocimiento y eficacia en España. Una cosa está clara: el ordenamiento jurídico español prohíbe este tipo de acuerdo, donde la mujer portadora entrega al bebe, con o sin precio, renunciado a su filiación a favor de la otra parte contratante. No se puede obviar que cada vez más parejas deciden, sean o no homoparentales, acudir a esta “técnica de reproducción asistida” para hacer realidad el sueño de convertirse en padres, debido a diversas circunstancias que hacen imposible o muy difícil realizarlo por ellos mismos, por imposibilidad de gestación por parte de la mujer o por ser la pareja constituida por dos varones. Se debe partir de la idea que nos encontramos en un contexto internacionalizado, y que durante el siglo XXI se han creado un número considerable de situaciones legales internacionales por autoridades públicas, esto es, competentes en virtud de su normativa. No se puede prohibir por parte de las autoridades españolas que estas personas acudan a otros Estados con el fin de llevar a cabo un procedimiento de filiación por sustitución dado que se atentaría contra la libertad de los ciudadanos españoles consagrada en el art 9 de la Constitución Española. La cuestión que se plantea a continuación es la siguiente ¿qué se debe hacer con aquellas situaciones que válidamente creadas en el extranjero tiene que producir sus efectos jurídicos en España? Tanto doctrina como la jurisprudencia no siguen un camino único, sino que, como se podrá analizar, existen diferentes opiniones en cuanto a la admisión o no de una filiación determinada en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución.

A) ANÁLISIS DE LA RDGRN DE 18 FEBRERO 2009

La **Resolución dictada por la Dirección de Registros y Notariado de 18 de febrero de 2009** no es únicamente novedosa, es algo más importante que eso; se trata de una decisión pionera y atrevida en cuanto versa sobre el acceso al Registro Civil español de la filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución respecto a progenitores españoles, en concreto, dos varones poseedores de la nacionalidad española.

Los antecedentes de hecho de esta situación controvertida son los que se manifiestan a continuación. Una pareja compuesta por dos varones de nacionalidad española deciden, con el objetivo de ser padres, acudir a los Ángeles, Estados Unidos, para iniciar un procedimiento de gestación por sustitución. Como se ha afirmado en este texto, en ciertos estados de dicho territorio es permitida esta clase de contrato por lo que no es inusual que familias de carácter homoparental decidan acudir a ciertos Estados para alcanzar sus deseos de convertirse en padres. El contrato se celebró con éxito y según la legislación californiana, dichos menores eran hijos de los dos ciudadanos españoles, legalizando la filiación a través de las certificaciones registrales emitidas por la autoridad administrativa del Registro de California (*The California Office of Vital Records*). Es importante conocer que para la emisión de esos certificados fue necesario que con anterioridad, hubiera existido una resolución judicial que declarase la filiación de los menores a favor de los padres concretos además de ordenar a la autoridad administrativa que realizase dichos certificados en virtud de lo establecido en la *Section 7633, California Family Code*.

En consecuencia y con el fin de legalizar la situación de sus hijos en España, la pareja presentó un escrito ante el Registro Civil Consular español en Los Ángeles para solicitar la inscripción de nacimiento de sus dos hijos. Esta petición fue denegada por dicho órgano, mediante Auto de 10 de noviembre de 2008, manifestando que la normativa española no reconocía la relación paterno – filial al considerar ilegal el objeto del contrato, comúnmente conocido como hacer uso de “una madre de alquiler”. Esta prohibición se encuentra recogida en el artículo 10 *Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida*, y en concreto, el apartado dos afirma de forma indudable que la filiación de los hijos nacidos a través de esta técnica será determinada por el parto, y en este caso, ni la madre genérica ni la que da a luz a los dos menores no figuraba como progenitora en ningún documento presentado ante las autoridades españolas. Ni siquiera constaba ya en el parte médico del hospital, lo que es conforme a derecho y jurisprudencia del Estado Californiano. De todas formas, antes de entrar a analizar el fondo del asunto, es necesario tener claro que la Ley anteriormente mencionada declara completamente nulos los contratos de subrogación celebrados o ejecutados en España, sancionado con nulidad absoluta por ilicitud de la causa. Su celebración no está tipificada como delito ni falta, por lo que no

existe ninguna penalización en el caso de que se lleve a cabo. En definitiva, en España la filiación se inscribirá siempre a nombre de la madre.

La Resolución controvertida trae causa en la estimación del recurso interpuesto contra el auto denegatorio del Encargado del Registro Civil Consular español, interpuesto por la pareja española, solucionándolo a favor de ésta, ordenando que se proceda a la transcripción al Registro Civil español de todo el contenido dispuesto en los certificados de nacimiento californianos de los dos gemelos, cuyo origen se encuentra en un contrato de maternidad subrogada. La primera cuestión relevante que se plantea el órgano español es la inoportunidad de aplicación de la norma de conflicto española al caso controvertido. No se trata de determinar el derecho aplicable a la situación, que conllevaría claramente a declarar la desestimación de la inscripción a favor de los dos varones. Así las cosas, no puede ser de aplicación el artículo 9.4 CC que determina que para el establecimiento de la filiación se debe acudir a esta norma de conflicto con un único punto de conexión, la ley nacional del hijo, ni tampoco se puede acudir a la Ley 14/2006 para declarar improcedente esa filiación. Cuestión diferente hubiera sido que no existiese una decisión extranjera preferente, y que la situación se plantease por primera vez ante las autoridades registrales españolas, las cuales tendrían la obligación de aplicar con todos sus efectos la normativa española.

En realidad, la cuestión aquí planteada versa sobre la posibilidad de acceso al Registro español de este tipo de certificaciones registrales extranjeras (donde se establece tanto el nacimiento como la filiación ya determinada), y por consiguiente su reconocimiento y posibles efectos en nuestro país, no resultando oportuno realizar un estudio de fondo de lo establecido en las mismas. Esto es, no es un problema de derecho aplicable, es un problema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España. Desde un principio, el Encargado del Registro Civil Consular se tendría que haber limitado a realizar un control formal de legalidad de la decisión registral californiana, sin entrar a apreciar si el contenido de la certificación registral era ajustado al derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico. En definitiva, se debe comprobar la existencia de una decisión válida adoptada por las autoridades públicas competentes y no esperar que la solución dada por otro Estado a un caso concreto vaya a resultar igual o idéntica a la solución que ofrecerían las autoridades españolas, perjudicando la no admisión de una decisión extranjera el interés superior de los menores. En concreto, la solución al problema aparece reflejada, aunque de manera vaga e incompleta, en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil que dicta lo siguiente:

“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento

auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”.

De manera vaga e incompleta porque no establece los requisitos fundamentales que esa decisión registral extranjera necesita con el fin de practicar la correspondiente inscripción en España en base a un título registral extranjero. De la misma manera, tampoco establece dicho precepto el mecanismo o sistema que se debe seguir respecto a admitir o denegar la inscripción de dicho *documento auténtico* y se limita a preceptuar que será inscribible el documento *con fuerza en España*. La Dirección General de Registros y Notariado emite un primer argumento afirmando qué es lo que realmente no exige este artículo. Así, no será necesario que la solución dada por el órgano extranjero, en este caso, administrativo, sea idéntica a la que pueden ofrecer las normas jurídicas españolas. Afirmar lo contrario comportaría un pensamiento irrealista, dado que nos encontramos en un mundo dividido en Estados independientes, soberanos y con sistemas jurídicos basados en valores muy distintos y en ocasiones, contrapuestos. El valor y significado de justicia existente en España es tan legítimo como el existente en California. .

Además, cada Estado regula las situaciones privadas internacionales acaecidas en su territorio con su propio Derecho Internacional, respetando, de esta manera, el principio de exclusividad del Derecho internacional privado. En este caso, la finalidad del Derecho Internacional Privado español es la de regular de forma más adecuada y eficaz las situaciones internacionales en las que se ven inmersos los ciudadanos, armonizando así las normas jurídicas de diversos Estados que concurren en una única relación jurídica. Partiendo de esta idea, la DGRN alude en segundo lugar a la seguridad jurídica internacional. No es compatible con la concepción del Derecho Internacional Privado una relación jurídica que tenga diferente contenido en distintos estados, lo que en este caso se traduce en que los dos menores tuvieran determinada su filiación a favor de dos varones en California y en España su filiación estuviera determinada a favor de otras personas, en concreto a favor de la madre biológica en virtud del art 10.2 Ley 14/2006. A modo de ejemplo, la Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2003 *Asunto C-148/02. Carlos García Avello y État Belge*, relacionado con la ciudadanía europea, afirma lo siguiente:

“el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica”

Aplicando al caso objeto de comentario esta doctrina europea, la filiación de los menores no debe tener una regulación y contenido diferente en España y en Estados Unidos, vulnerando al mismo tiempo el artículo 9 de la Constitución Española aplicándolo a un contexto internacional. En este caso la DGRN entiende que una

situación jurídica válida en un Estado tienen que ser considerada válidamente existentes en otros Estados, siempre que no vulneren de forma evidente el orden público. Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en diferentes Tratados Internacionales obliga a que la solución dictada por un tribunal debe ser segura, establece y continúa. Unido a este derecho, uno de los objetivos del reconocimiento de decisiones es facilitar la vida internacional de las personas. Por tanto, se deben evitar a toda costa las decisiones con carácter claudicante que obliguen a los particulares a repetir procesos en cada Estado implicado, lo que supondrían, como dice en tercer lugar la DGRN, un alto coste y dobles procedimientos para los particulares, perjudicando el principio de economía procesal.

Como ha sido mencionado anteriormente, el art 81 Reglamento Registro Civil no declara de forma precisa y exacta qué clase de requisitos debe reunir la certificación extranjera para producir efectos en nuestro territorio. Para argumentar su decisión final, la DGNR realiza una enumeración explicando qué condiciones o formalidades deben reunir estos documentos:

— En primer término, la certificación registral extranjera debe ser un documento público. En virtud del art 323 apartado segundo LEC, la certificación californiana debe de reunir los requisitos que se exijan en California para que haga del documento “*prueba plena en juicio*”. Además, la certificación tiene que estar legalizada o ser apostillada para ser válida. Además, los varones han presentado dicha certificación traducida al español, cumpliendo lo establecido en el art 86 RCC.

— En segundo término, es necesario que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad que posea las mismas funciones que los órganos registrales españoles (art 85 RRC). Al respecto, la autoridad extranjera, cumpliendo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico californiano, ha constatado una realidad: el nacimiento de dos varones y la renuncia de la filiación de la madre biológica a favor de una pareja homoparental. Por tanto, no solo ha dado fe a la voluntad de los interesados, sino que ha practicado la inscripción del nacimiento y filiación, todo ello realizando un control exhaustivo de los requisitos que se exigen en su normativa para que el contrato de subrogación se celebre correctamente.

— En tercer término, es realmente necesario realizar un control de legalidad del acto contenido en la certificación que avala la filiación. Pero cabe afirmar con anterioridad que la pareja de varones ha seguido el procedimiento impuesto por la ley californiana y no ha realizado ningún acto que suponga la vulneración de ésta.

Dado que no existe ninguna duda de la concurrencia de los dos primeros requisitos, el tercero de ellos es el que plantea reales problemas, y del cual, deriva toda la problemática posterior discutida en los Tribunales de Justicia. Un control de legalidad supone verificar por parte de las autoridades españolas que realmente la filiación que se determina a favor de los dos varones no produce efectos contrarios al orden público internacional español. De nuevo, la DGRN con el fin de argumentar su decisión afirmativa de inscribir a los dos menores en el Registro Civil español, realiza una minuciosa explicación de las razones por las cuales esta certificación no es contraria al orden público internacional. Sin embargo, antes de comenzar, en la Resolución de 18 de febrero de 2009 se afirma que *“dicha certificación no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española”*. Esto significa que en ningún momento esta certificación pone en riesgo ni el correcto y normal funcionamiento de la comunidad española ni tampoco la seguridad jurídica establecida a través de nuestro ordenamiento jurídico. Con esa idea clara, la DGRN esgrime sus justificaciones:

1. En el ordenamiento jurídico español no existe distinción alguna entre los efectos que derivan de la filiación natural y de la filiación por adopción, dado que tanto los hijos naturales como adoptivos son iguales ante la ley española. Es permitido por la legislación española que dos personas del mismo sexo sean aptas y capaces para adoptar. Por tanto, si es posible determinar la filiación adoptiva a favor de dos varones, con los mismos efectos que una filiación natural, la certificación californiana no altera el sistema jurídico, dado que la situación allí creada está creando efectos análogos en España.

2. No se puede negar el acceso al Registro Civil español esta certificación dado que se estaría vulnerando el art 14 CE, que determina que los españoles son iguales ante la ley sin que prueba prevalecer discriminación por razón de sexo. Dicha vulneración se basa en el art 7.3 Ley 14/2006 que determina válida la filiación a favor de la mujer casada con otra mujer, la cual ha tenido un hijo. Por tanto, es posible que conste la filiación a favor de la mujer que no ha gestado, ni que tampoco ha aportado el material genético. La denegación de la inscripción californiana vulneraría los derechos de los varones que quieran realmente ser padres, al igual que los matrimonios constituidos por mujeres. Es cierto, que en la Resolución DGRN de 5 de enero de 2006 (84038/2006) por ejemplo, se solicita la filiación a favor de dos mujeres, donde una ha dado a luz como resultado de la utilización de técnicas de reproducción asistida. En ese caso la solución dada fue que para determinarse la filiación se debía seguir la vía de la adopción a favor del cónyuge que no había dado a luz. Anteriormente, la idea de que dos personas del mismo sexo pudieran poseer la misma filiación sobre sus “hijos” chocaba frontalmente con el principio de veracidad biológica

sobre el cual se basaba el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, esta Resolución es anterior a la modificación del art 7.3 Ley 14/2006 que permite la posibilidad de determinar la filiación matrimonial del cónyuge femenino que no ha gestado. Y teniendo en cuenta además que si la causa de denegación de la certificación es la nulidad de los contratos de gestación por sustitución dado que no existe vinculación genética, tampoco podría validarse la filiación a favor de dos mujeres.

3. En los casos donde los efectos principales recaen sobre la figura del menor, siempre se debe tener en cuenta el *interés superior del menor*. Si se deniega la inscripción de los menores de nacionalidad española, quedarían sin filiación determinada a los ojos del estado español. Este hecho vulnera el art 3 Convención sobre derecho del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 que dicta que en todas las medidas relativas a menores y tratadas por organismos o instituciones públicas, se debe tener en cuenta siempre el interés superior del menor. Además, es importante reconocer que los sujetos varones trasladaron su residencia a California para seguir el citado procedimiento, para verificar que se seguía correctamente sin ningún altercado. Por tanto, el mismo art 3 afirma que lo más beneficioso para los hijos es que se queden al cuidado de quien en realidad ofreció su consentimiento para ser padre, en este caso, los dos varones. No se debe olvidar que la madre que se ofreció para gestar a los dos menores era consciente de que realizaba un contrato respaldado por la legislación californiana, y que conocía sus efectos y consecuencias, por lo que realmente no existía deseo de convertirse en madre, con todas las obligaciones y derechos que ello conlleva.

Además, los dos menores nacidos en virtud del contrato de subrogación son nacionales españoles en virtud del art 17.1 a CC, dado que son españoles de origen los nacidos de persona española. En este caso, los nacidos habían sido generados en virtud del material genético de los varones españoles, y para más seguridad, este hecho fue constatado a través de una decisión judicial del tribunal californiano dictada antes del nacimiento de los menores. De esta manera, a la DGRN no le cabe ninguna duda de que es de aplicación el art 15 LRC que dicta que “*En el Registro constarán los hechos inscribibles que **afectan a los españoles** y a los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros*”.

4. No es admisible, que en base al *interés superior del menor*, estos dos menores nacidos en California tengan una filiación determinada en ese territorio y otra distinta en España. Atendiendo a la Convención de Nueva York, estos menores tienen derecho una identidad única, con unos padres, nombre y apellidos únicos en cualquier Estado del mundo. La DGRN señala que la entrada en el Registro Civil español de esta

filiación es la forma más segura y correcta para cumplir con este derecho, y no perjudicarlo ni vulnerarlo. En la sentencia del TJUE anteriormente mencionada además de la Sentencia del TJUE *Konstantinidis*, de 2 octubre 2003, as. C 148/02 se manifiesta que el derecho de los menores a una identidad única no depende de que se trate de ciudadanos comunitarios o no, por lo que estas resoluciones del TJUE exponen un *valor supracomunitario*, aplicable al caso aunque se trate de una situación surgida en Estados Unidos.

5. La DGRN insiste en que los varones no han eludido la norma española y por tanto tampoco han realizado lo tipificado en el art 12.4 CC como *"fraude de ley"*. La filiación de los nacidos en California constituye una situación jurídica válida creada en un país extranjero, en virtud de sus propio Derecho. En este caso, la DGRN está haciendo uso de un concepto de orden público atenuado en cuanto a las situaciones legalmente creadas en el extranjero. Atenuado porque no es lo mismo la reacción del Estado cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera que cuando se trata de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero. El caso estudiado se ha creado en el extranjero, por tanto la acción del orden público debe ser menos intensa que en el primer supuesto.

6. La DGRN es consciente que el contrato de gestación por sustitución es clasificado nulo de pleno derecho por el ordenamiento jurídico español (art 10.1 Ley 14/2006). Sin embargo, no se trata de aplicar el derecho español al caso concreto, no hay que determinar una filiación sino que hay que reconocer una certificación extranjera y valorar si ésta debe entrar a formar parte de las inscripciones del Registro Civil español. El encargado del Registro no puede realizar una revisión de fondo del asunto, dado que la situación ha sido calificada válida por el derecho de otro Estado. La función de este órgano es dar fe a la certificación californiana que trata de identificar a los nacidos estableciendo una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial. Además, en ningún momento se establece en la misma que el nacimiento de los menores se haya efectuado a través de gestación por sustitución. Pero como posteriormente se analizará, la decisión última sobre el contenido de dicha inscripción la tienen los Tribunales de Justicia, y por tanto, *"la certificación registral extranjera no produce efectos de cosa juzgada"*.

En lo que respecta al apartado quinto, en concreto al fraude de ley, cabe realizar alguna matización. Es cierto que la interpretación que realiza la DGRN sobre este caso abre un camino para conseguir que una conducta prohibida en el ordenamiento jurídico español, pueda considerarse válida a través del reconocimiento de la misma. Este hecho puede impulsar un desplazamiento masivo de ciudadanos españoles a

países como Estados Unidos o India, donde se permite la maternidad subrogada. Puede entenderse en consecuencia, que los particulares pueden “internacionalizar” según su voluntad la situación jurídica que les convenga, y así buscar la ley que más les favorezca en cuanto a los efectos de su aplicación. Por tanto, una situación que en principio es de carácter nacional (española) y prohibida en virtud de su legislación, puede verse reconocida indirectamente a través de la actividad llevada a cabo por sus ciudadanos. Tampoco puede considerarse que haya existido el denominad *Bad Forum Shopping*, dado que la pareja no se ha trasladado a Estados Unidos únicamente para litigar y conseguir una resolución para ellos “más favorable” en aplicación de la ley californiana. Para este Centro Directivo existen indicios suficientes para determinar que la situación creada en California tiene vínculos fuertes con su legislación, como el seguimiento de los protocolos médicos de clínicas californianas, el nacimiento de los niños en California, la pareja de varones se trasladó su residencia a ese territorio... A este respecto, la DGRN es contundente al afirmar que en este caso no ha existido fraude de ley, porque no se ha hecho un uso viciado del punto de conexión de la norma de conflicto española. Tampoco se ha creado ninguna situación de apariencia, intentando engañar a las autoridades californianas con una situación no vinculada jurídica ni sustancialmente con California.

En definitiva, la Resolución de 18 de febrero de 2008 declara que no es un caso de aplicación de la norma de conflicto española, del art 9.4 CC. Se trata de un caso de Reconocimiento, porque la filiación de los dos menores se ha precisado con arreglo a las normas de conflicto extranjeras californianas. Aquí existe una decisión que se limita a constatar la existencia y validez de una situación jurídica, no exige en ningún momento que las autoridades españolas apliquen su derecho a la situación, el contrato de subrogación ni se ha sustanciado ni ha tenido lugar en España. A partir de esta Resolución y conociendo la postura que al respecto tiene la DGRN es posible que se cree un turismo reproductivo hacia ciertos Estados, por lo que los legisladores españoles tendrán que valorar qué solución efectiva dar a estas situaciones para que los menores resultado de dichos procedimientos no queden desamparados. El **interés superior del menor** es lo que finalmente justifica la decisión adoptada por la Dirección General de Registros y Notariado, sometiendo todos sus argumentos a esta idea básica de todo sistema jurídico y por tanto pasando por alto la legalidad vigente en el ordenamiento jurídico español.

La decisión objeto de comentario fue recurrida en vía judicial por el Ministerio Fiscal al entender que no se cumplía uno de los principios regidores del ordenamiento jurídico español, el principio de legalidad. La intervención de este órgano ha permitido que el supuesto analizado resuelto por la DGRN haya sido objeto de control judicial mediante las sentencias que posteriormente se analizarán. El argumento esgrimido por la fiscalía valenciana dicta que dicha Resolución no se ajusta a la normativa española

dado que el art 10 de la Ley 14/2006 prohíbe de forma absoluta la gestación por sustitución. Así las cosas, las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia y en grado de apelación estimaron la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, dejando sin efecto la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de los dos niños cuya filiación quedo designada en California mediante gestación por sustitución a favor del matrimonio compuesto por los dos varones. En definitiva, la consecuencia principal de la denegación de la inscripción en el Registro Civil trae implícita la denegación de la ciudadanía española, con todos los problemas que ello conlleva.

B) ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE VALENCIA, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010

Esta sentencia trae causa de una demanda formulada por el Ministerio Fiscal contra una resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado que ordenó la inscripción en el Registro Civil Consular, como hijos de un matrimonio homosexual español, de unos menores nacidos en EEUU mediante gestación por sustitución.

→ ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO:

De la redacción de los hechos lo que queda acreditado es que, con fecha 7 de Noviembre de 2008, Luis y Fernando, de nacionalidad española y cónyuges desde Octubre de 2005, acudieron a inscribir en el registro consular de España en Los Ángeles el nacimiento de los recién nacidos Alejandro y Diego, como hijos del matrimonio por ellos formado. El canciller encargado del registro civil consular dictó auto acordando denegar la inscripción alegando básicamente que los menores cuya inscripción se solicitaba, eran consecuencia de una práctica de «gestación por sustitución» prohibida por la legislación española debiéndose considerar a la gestante como madre legal de los niños. Luis y Fernando interpusieron recurso contra dicho auto que fue resuelto por la DGRN con fecha 18 de febrero de 2009, estimando el recurso, revocando el auto y mandando se procediese a la inscripción de los menores Alejandro y Diego en el registro civil consular como hijos de Luis y Fernando. El conflicto principal surge cuando dicha resolución resulta ser objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal.

La DGRN por su parte inicia su argumentación partiendo de la idea de que existen dos vías para la inscripción en el RC del nacimiento de un español en el extranjero:

a) vía declarativa recogida en el artículo 168 del RRC

b) acceso al registro mediante la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste la filiación. Para estos casos la legislación prevé un mecanismo técnico específico que se contiene en el artículo 81 RRC.

Nos encontramos claramente aquí ante un supuesto de inscripción en el RC español por aportación de una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos. El artículo 81 del RRC dice lo siguiente: *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho”*. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales. De todo ello expone la DGRN que no pueden aplicarse normas españolas de conflicto de leyes como puede ser el artículo 9.4 CC ni aplicar la ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida (en concreto su artículo 10 relativo a la gestación por sustitución), al entender que en supuestos como éste, el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras debe abarcar, en primer lugar, la comprobación de que se trate de un documento público autorizado por una autoridad extranjera y, en segundo lugar, que la certificación hubiese sido emitida por una autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a las sus respectivas españolas, en atención a lo establecido en el artículo 85 del RRC. Podemos observar que el control de legalidad que precisa este precepto se circunscribe a comprobar que al registro accedan documentos en los que consten actos presumiblemente válidos, no abarcando en ningún caso el examen de si la solución contenida por la autoridad extranjera es idéntica a la que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de la legislación que le es propia.

Sostiene la DGRN además que la certificación registral californiana cumple con los requisitos formales para la inscripción por lo que lo único que hay que atender para su inscripción en España es que dicha certificación no contravenga el orden público internacional español. Los argumentos utilizados por la DGRN para afirmar que el orden público internacional español no se ve vulnerado, se resumen a continuación:

- está admitida la filiación de los varones en os casos de adopción
- se permite la filiación a favor de dos mujeres (por lo que no permitirla a favor de dos hombres sería discriminatorio)
- se debe actuar en interés del menor, impidiendo que éste quede sin filiación escrita

Lo que debe quedar claro según la DGRN es que el papel del encargado del registro no consiste en determinar una concreta filiación, sino en dirimir si una filiación ya determinada puede acceder al registro o no. La postura por tanto de la DGRN se resume en la siguiente idea: **al cumplirse con los requisitos formales y no vulnerarse**

el orden público internacional español, debe precederse a la inscripción y ello con independencia de que «los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las leyes españolas» y que la filiación de los hijos así nacidos será determinada por el parto , pues este precepto no es aplicable en este caso pues no se trata de determinar la filiación de los nacidos sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al registro Civil español.

La cuestión que examina el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia es pues, la relativa a la aplicación o no en el presente supuesto, del artículo 10 de la ley 14/2006. La discrepancia se centra en el alcance del examen de fondo de la resolución, a este respecto la DGRN fundamenta jurídicamente su argumentación en el artículo 81 del RRC, obviando que dicho reglamento desarrolla y completa un texto como es la LRC de evidente mayor valor normativo. Dicha ley, en su artículo 23 establece que: «Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.». Por lo tanto, el tenor literal de este precepto supone una nueva visión que podría cuestionar la argumentación sostenida por la DGRN respecto a la no aplicabilidad de la ley en cuestión (Ley 14/2006).

Afirma el tribunal de primera instancia, amparándose en la normativa española, que para que pueda practicarse la inscripción en el registro español de una certificación extendida por un registro extranjero es necesario, en primer lugar, que se compruebe por el encargado del registro la realidad del hecho inscrito y, en segundo lugar, se realice un segundo examen por parte del encargado del registro, encaminado a determinar si la inscripción pretendida es conforme con la ley española. Sostiene la autoridad judicial que conoce del asunto que en este sentido la ley no utiliza expresiones genéricas como la aludida por la DGRN al referirse al “orden público internacional”, sino más bien lo que pretende es remarcar el deber del encargado del registro de examinar si la inscripción que se pretende efectuar es acorde a la ley española.

No existe duda de que la ley 14/2006 es una ley española y por lo tanto el encargado de registro viene compelido por este artículo 23 a examinar si la certificación extranjera vulnera el contenido de esa ley y por lo tanto para resolver esta cuestión debe examinarse si existe o no vulneración de la misma. Ninguna de las partes manifiesta encontrarnos en un caso distinto al de gestación por sustitución, por lo que el tribunal no realiza mayores esfuerzos en determinar que nos encontramos ante tal hecho puesto que se presume en base a los escritos de demanda y de contestación a

la misma. Recordamos que el artículo 10 de la ley 14/2006, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución con independencia de que medie o no precio, siendo intrascendente si tal conducta lleva o no aparejada sanción administrativa, puesto que el fondo de la cuestión es que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución, se otorga por disposición de la ley a la madre que los ha dado a luz. Por lo tanto, **la legislación española prohíbe la gestación por sustitución y puesto que el encargado del registro civil consular debe conforme al artículo 23 de la LRC examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada.**

Por su parte, el Tribunal rebate los argumentos del la DGRN de la siguiente forma:

Con respecto al primer argumento que esgrime que la inscripción no vulnera el orden público internacional español, considera el órgano judicial que esta premisa se formula en forma de silogismo. Se alega en segundo término que no permitir la inscripción de la filiación por naturaleza en el RC a favor de dos varones, resulta hoy insostenible por discriminatorio, pero al respecto sostiene el tribunal que la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. De otro lado, se mantiene que la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento. En tercer lugar se argumenta el interés superior del menor, que se ve menoscabado al no reconocerse su filiación. Al respecto, argumenta el órgano judicial que el fin no justifica los medios es más, apelan que el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus Luis y Fernando, pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece. Finalmente el último argumento que defiende la DGRN es la ausencia de forum shopping fraudulento por parte de los interesados, si bien entiende el tribunal que es claro que nos encontramos ante un matrimonio español que acuden a California en donde es legal la gestación por sustitución, a diferencia de en España, por lo que es claro que acuden a dicho Estado porque son conocedores de la regulación vigente en España para estos supuestos. Es más, inciden en que el matrimonio es conocedor del riesgo, riesgo y actúa con conocimiento de que en cualquiera de las sucesivas instancias hasta la presente e incluso venideras, su voluntad de proceder a inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos podía ser desestimada.

Finalmente, alega el tribunal de primera instancia que existen supuestos parecidos al tratado en este asunto como el relativo a la inscripción de los matrimonios homosexuales antes de la ley 13/2005, o el concerniente a la celebración de matrimonios con menores de edad en países como Colombia que pretenden reconocerse en España, incluso hablan de los supuestos de matrimonios poligámicos.

→ **FALLO DEL TRIBUNAL**

Concluye el tribunal fallando lo siguiente: **Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el ministerio fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Angeles de los menores Luis y Fernando con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Luis y Fernando y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción.**

Conclusiones:

Es bien sabido que el fallo de esta resolución ha traído detrás un intenso debate que ha suscitado opiniones de todo tipo, si bien lo cierto es que en esencia lo que se plantea son dos cuestiones principales:

→ De un lado se trata de dirimir una cuestión puramente registral, encaminada a determinar si la labor de calificación registral de un certificado de nacimiento extranjero, debe o no extralimitarse de un control puramente formal para adentrarse en valoraciones materiales sobre el mismo.

→ De otro lado, se cuestiona la compatibilidad del contenido de esta sentencia con dos de los principios básicos del ordenamiento jurídico español (la igualdad y el interés superior del menor, recogidos en el artículo 14 CE y 39 CE respectivamente, aunque el interés superior del menor ha de entenderse como un principio axiológico y jurídicamente indeterminado).

De otro lado, sería oportuno hacer especial mención a una cuestión incidental que se plantea en los fundamentos de derecho de la sentencia, como propuesta o alternativa sugerida por el tribunal para que el matrimonio homosexual pueda conseguir la filiación a favor de los menores californianos, eludiendo todo el entramado jurídico que supone plantear la misma en este caso en el que es evidente que los menores han sido gestados en base a un contrato nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento. La cuestión no es otra que el planteamiento de la posibilidad de que aquél de los varones que fuera el padre biológico de los menores ejercitara la acción de reclamación de la paternidad y que, posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, los hijos fueran adoptado por el otro cónyuge, sin necesidad de

mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC (LA LEY 1/1889). Sin duda esta propuesta es cuestionable, aunque muchos la tachan de absurda al entender que la misma supone utilizar la figura de la adopción como medio para conseguir los efectos que se persiguen mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución, para llegar finalmente al mismo resultado que pretende evitarse. Es oportuno preguntarse en este punto lo siguiente: si la adopción internacional de menores debe entenderse a la luz de la normativa comunitaria (Convención de 1989 de los Derechos del Niño) como un mecanismo subsidiario de protección del menor, ¿tiene sentido que un tribunal plantee recurrir a esta institución como alternativa al interés de una pareja de homosexuales que ve frustradas sus expectativas de tener hijos propios y comunes en detrimento del posible doble desarraigo que pudiesen sufrir los menores?, ¿existe alguna otra solución alternativa? ¿qué interés en conflicto merece mayor protección? Sin duda, el debate está abierto.

BIBLIOGRAFÍA

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.
- Constitución Española de 1978.
- Diario La Ley, Nº 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010, Año XXXI, Ref. D-334, Editorial LA LEY. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE . *Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Valencia.*
- Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010).

C) ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011

Esta sentencia versa sobre el recurso de apelación presentado por un matrimonio homosexual español contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia de 15 de Sep. 2010, comentada con anterioridad. Como consecuencia de la sentencia ante la que nos encontramos, se produce una desestimación del recurso de apelación presentado por la pareja y, a consecuencia de ello, la confirmación de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia.

En relación a los antecedentes de hecho, el Juzgado de Primea Instancia número 15 de Valencia, en fecha 15-09-2010 falla: la estimación íntegra de la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Como consecuencia, queda sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro civil Consular de Los Ángeles de los menores con las menciones de filiación de las que resultan hijos de la pareja varones. (Primero)

Contra la sentencia anteriormente citada, se interpone un recurso de apelación presentado por la pareja homosexual, que supone el objeto de la sentencia que estamos analizando. (Segundo)

Se han observado las formalidades y prescripciones legales. (Tercero)

Análisis de los temas tratados en la sentencia:

Los demandados interponen recurso de apelación contra la sentencia dictada por el juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia el día 15 de septiembre de 2.010. que dejó sin efecto la inscripción de nacimiento ordenada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores, nacidos el día 24 de octubre de 2.008, con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de los demandados, y acordó la cancelación de la mencionada inscripción.

Los hoy demandados, dos varones españoles casados entre sí el día 30 de octubre de 2.005 en Alboraya (Valencia), lograron en virtud de la resolución citada la inscripción en el Registro Civil de la filiación descrita mediante la presentación de un los certificados de nacimiento expedidos por el Condado de San Diego, situado en el Estado de California en los Estados Unidos de América, en los que ambos demandados figuran como padres de los nacidos.

En primer lugar analizamos lo relativo a la forma del nacimiento de los menores y el conjunto de circunstancias que rodean esta situación. Los menores nacieron como consecuencia de la llamada gestación por sustitución. En relación con dicho contrato, establece el artículo 10 de la ley 14/2.006 de 26 de mayo de 2.006 sobre técnicas de

reproducción humana asistida que "1 Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. "Se trata en consecuencia de decidir si una certificación registral extranjera que documenta una filiación que es consecuencia de la gestación por sustitución, puede acceder al Registro Civil español pese a la prohibición de la ley española.

Para lo dicho anteriormente debe tenerse en cuenta el tenor del artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1.957 que dice: "Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española." Encontramos por lo tanto en el texto de la ley un impedimento para la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios estadounidenses, consistente en su contrariedad a la legalidad española, y en concreto al artículo 10 de la ley 14/2.006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que como se ha dicho, declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1.958, ("El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales") pueden ser invocados para contrariar lo dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9-3 de la Constitución, Por tanto, previamente a acordar su inscripción la certificación extranjera tiene que superar un control de legalidad, como ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado (resoluciones de 18/12/2000, 28/4/2008. 9/2/2009. 19/2/2009 y 27/2/2009 y otras muchas), que deriva del artículo 23 de la Ley del Registro Civil y del artículo 85 de su Reglamento.

En lo relativo al reconocimiento de las decisiones extranjeras, desde el punto de vista del llamado método del reconocimiento de las decisiones extranjeras que adopta la parte recurrente, y que implica la consideración de las certificaciones registrales extranjeras como auténticas decisiones susceptibles de ser incorporadas al ordenamiento español, con los efectos en cada caso pertinentes, y que resultan de la aplicación de la norma de conflicto propia del Estado de origen, existen importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir, como preconiza este método, que la decisión extranjera coincida con la que se

hubiera adoptado aplicando el Derecho español.

Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34-1 del Reglamento 44/2001), coincidiendo con los motivos que llevó al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución, más concretamente, los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como:

- el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción.
- Así la propia dignidad de la persona. principios reflejados, además de en el artículo 10-1 de la Constitución, en su artículo 15, que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39-2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil.

Incluso puede considerarse al artículo 10 de la ley 14/2006 como una norma de policía, en el sentido del artículo 9-1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: "una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación"

Precisamente por los aspectos altamente problemáticos citados anteriormente, la Dirección General de los Registros y del -Notariado ha dictado la instrucción de 7 de octubre de 2.010. estableciendo la posibilidad de la inscripción del nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución mediante la presentación de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido, o si la resolución judicial tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, mediante el reconocimiento incidental ante el encargado del Registro, siempre previa la constatación de que se ha respetado el interés del menor y los derechos de la madre contratante gestante, así como que conste su identidad, además de otros requisitos de carácter formal y procesal.

Lo cierto es que, aunque se dice que la certificación californiana ha sido expedida por orden de una previa decisión judicial, dicha resolución judicial no consta en este procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible que conforme a la nueva Instrucción la filiación californiana de los menores se inscriba en el Registro Civil español.

La entidad de los obstáculos al reconocimiento de la decisión registral extranjera en España es más relevante en un supuesto como el presente en el que la conexión previa de los demandantes con Estado de origen que ha dictado la decisión es inexistente: dos son ciudadanos españoles que buscaron la jurisdicción extranjera

mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que posibilitó a las autoridades de California determinar la filiación de los menores nacidos allí aplicando sus propias normas de conflicto, huyendo de la aplicación de la norma de conflicto española, y de los más exigentes requisitos que establecen otras legislaciones que si admiten este contrato. No puede decirse por ello que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, como prevé el artículo 12-4 del Código Civil , sino simplemente encontramos indicios consistentes para pensar que han huido de ella, al dejar en manos de autoridades californianas la determinación de la filiación, desplazándose a dicho Estado y suscribiendo allí un contrato que si está permitido por la ley de dicho estado y que tiene como objeto la filiación y el estado civil (caracterizados por su indisponibilidad).

En cuanto al tema relativo al principio de igualdad y al tema de la discriminación por razón de sexo, el tribunal alega que es inaceptable que la sentencia recurrida implique una infracción del principio de igualdad y de discriminación por razón de sexo, de acuerdo con el art 14 de la CE, en relación a lo recogido en el art 7-3 de la ley 14/2006 que permite la inscripción en el Registro de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres y no a favor de dos hombres ya que las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer a la que encomendar dicha gestación. Por otro lado, en el caso de que dos mujeres acudieran a la gestación por sustitución, se les aplicaría igualmente la prohibición. Por tanto no constituye esto una discriminación por razón de sexo sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación, basándose en que el contrato de gestación por sustitución se considera nulo en nuestro ordenamiento. (Cuarto fundamento de derecho)

En relación a esto tampoco acepta este Tribunal la equiparación entre el supuesto que nos ocupa analizar y otros casos de instituciones no admisibles en el Derecho Español y que, en determinados casos, si se han derivado efectos de ellas, como es el caso de la poligamia en relación con las pensiones de viudedad.

En el quinto fundamento, hace el Tribunal alusión al principio del interés del menor, recogido tanto en el art 3 de la Convención sobre los Derechos del niño del 20 de noviembre de 1959, como en el art 39 de la CE o en disposiciones de la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y en normas del Código Civil. Sin embargo, sostiene que la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse mediante la infracción de la ley, teniendo en cuenta además que la legislación española ofrece otros cauces de inscripción de la filiación de menores en el caso a tratar.

Además, también es posible alegar que la prohibición de la gestación por sustitución permite en último término la defensa del interés del menor, evitando que la vida humana pueda ser objeto de transacciones comerciales.

En este mismo punto quinto se señala lo alegado por el ministerio Fiscal: la sentencia recurrida no atenta contra la identidad única de los menores al contar estos

con la resultante de la certificación californiana que será la publicada en el registro Civil español si acceden a este en conformidad con la ley.

Por último el Tribunal resuelve que no procede la expresa imposición de las costas de la alzada.

FALLO:

Fallo de la Audiencia Provincial como finalización a la sentencia:

Primero: desestimación del recurso de apelación impuesto por los demandados contra la sentencia dictada por el Juzgado de I Instancia número 5 de Valencia el día 15 de septiembre de 2010.

Segundo: Confirmación de la dictada sentencia.

Tercero: No hacer expresa la imposición de las costas de alzada.

A continuación, un breve comentario en relación a la sentencia analizada anteriormente extraído del artículo publicado por J. Vela Sánchez, Profesor titular de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla), en el Diario La Ley, nº 7815, Sección Doctrina, 9 Marzo 2012, Año XXXIII, Ref. D-112, Editorial LA LEY 2208/2012.

Aquí se analizan la posición de la Doctrina en confrontación con la de la DGR:

En primer lugar, se señala que la confirmación de la SAP de Valencia de 20/11/11 supone una confirmación de la doctrina de la imposibilidad de inscripción como hijos de un español los nacidos mediante convenio de gestación por sustitución, incluso si este convenio ha sido celebrado de forma válida en otro país (art. 10 LTRHA).
Conclusiones:

-Contexto de la resolución judicial dictada:

El nacimiento que se contempla en este caso se produjo a través de un contrato de carácter oneroso de gestación por sustitución (prohibido en España conforme al art 10 LTRHA).

La Directiva RDGRN de 18 de febrero de 2009, defiende la **no vulneración del orden público español** por parte de dicha inscripción, ya que si los hijos adoptados pueden contar legalmente con dos padres varones naturales, hay que tener en cuenta que la Ley no realiza distinción alguna entre hijos adoptados e hijos naturales, por lo que los hijos naturales podrían tener dos padres varones naturales.

La **nulidad de este tipo de contratos** se establece en el art 10 LTRHA como hemos señalado anteriormente, y establece que la filiación jurídica de los hijos nacidos por convenio de maternidad subrogada siempre será determinada por el parto, es decir, disposición de la Ley de la madre que lo da a luz, suponiendo esto que la ley española prohíbe que no se realice la inscripción a favor de la persona que lo ha parido. La nulidad con la que dota nuestro ordenamiento jurídico a este tipo de contratos es de pleno derecho, al tratarse de un contrato que se encuentra totalmente prohibido en nuestro ordenamiento.

También es importante señalar, que aunque este tipo de contrato sea nulo en

nuestro ordenamiento, la celebración de este tipo de contrato no está tipificada como delito en nuestro Código Penal.

Otra postura sostenida por las sentencias mencionadas anteriormente, tanto en Primera Instancia como en la Audiencia Provincial, mantienen la nulidad de esta normativa ya que infringe el principio de jerarquía normativa contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, porque emplear normas reglamentarias en contra del derecho vigente, supondría una vulneración del sistema de fuentes recogido en nuestra CE.

En relación al tema de los obstáculos existentes para dicha inscripción, el art 23 de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, señala que “en ningún caso procederá la aplicación de una Ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés principal del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España”.

Aproximación del concepto de gestación por sustitución y razones por las que se impide en España:

La sentencia de la AP de Valencia de 23 de noviembre de 2001 aporta una definición del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada: *consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*». Y, además de esto señala los motivos que, a juicio del Tribunal, habrían llevado al legislador español a prohibir este contrato y que hemos mencionado anteriormente (que el niño no sea objeto de transacciones, así como el respeto de la dignidad de la persona, y el deber de los poderes públicos de la protección integral de madres e hijos). En cuanto a esto, se señala como importante argumento, que la filiación constituye el verdadero objeto de la prestación realizada en dicho contrato.

-En relación a la instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2011:

Esta instrucción persigue que, en favor del interés del interés superior del menor, mediante una previa resolución extranjera que sea favorable se permita la inscripción de la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución, cuando la filiación esté determinada legalmente a favor de un progenitor español. Es decir, puede considerarse como el intento de creación de una posible vía para dar cabida a la situación ante la que nos encontramos y cada vez más común en la actualidad, la necesidad de reconocimiento de este tipo de prácticas que han sido realizadas por españoles en países en los que sí están permitidas. Sin embargo, la doctrina que comenta dicha instrucción se considera contraria a ella, considerando que esta favorece un fraude de ley y considerando que el ordenamiento jurídico ofrece otros cauces para la filiación.

Posible infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo:

La SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2001 no considera que la negación de esa filiación constituya una discriminación, ni una violación de los principios constitucionales señalados. Incluso se recalca que, en el caso de que una pareja formada por dos mujeres recurriera a la gestación por sustitución, también se le aplicaría dicha prohibición.

Se mantiene que la no procedencia de la inscripción no deriva de este hecho (la pareja esté formada por dos varones) sino de que los menores han nacido como resultado de un convenio de gestación por sustitución.

-Defensa del interés del menor utilizado como argumento para permitir la inscripción de filiación en estos supuestos:

La SAP de Valencia de 23 de noviembre niega que la defensa de este interés pueda dar cabida a la inscripción de una filiación derivada de gestación por sustitución, ya que los menores realmente no quedan privados de filiación inscrita en el Registro civil porque la Ley española ofrece otros cauces para la inscripción de dicha filiación a favor de los demandados, rechazando así de forma total este argumento como medio para permitir dicha filiación. En el mismo sentido, el Juzgado de Primera Instancia concluía anteriormente de forma similar señalado que “el fin no justifica los medios”, al contar el ordenamiento jurídico español con otras vías o cauces para la inscripción.

Por tanto, como conclusión final, podemos extraer que la principal cuestión que radica en esta sentencia es la procedencia o no de una inscripción en el registro de la filiación llevada a cabo a través de gestación por sustitución en un Estado en el que se permite pero encontrándose este tipo de práctica prohibida en España, centrándose en el análisis de la vulneración de la jerarquía de fuentes establecida en nuestra CE, la posible vulneración de ciertos preceptos constitucionales así como la valoración de la utilización de este tipo de técnicas para la posible comisión de un “fraude legislativo” en relación con nuestro ordenamiento jurídico, así como el interés superior del menor y su posible privación de derechos a una identidad única, todo ello valorado desde la posición adoptada por la doctrina en el tema que nos ha ocupado comentar.

D) ¿LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA? ANÁLISIS DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 OCTUBRE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Días después de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia el 15 de septiembre de 2010, la Dirección General del Registro y el Notariado dicta la Instrucción de fecha de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE, nº 243, de 7 de octubre de 2010) en la cual continúa admitiendo la posibilidad de inscribir en el Registro civil los

nacimientos producidos en el extranjero consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, siempre que al menos uno de sus solicitantes sea español, utilizando de nuevo el principio de la protección del interés del menor para argumentar una posición similar a la mantenida en la Resolución de 2009.

En esta Instrucción se ha intentado proporcionar la seguridad jurídica que tanto la Administración como las familias afectadas venían reclamando estableciendo una serie de límites y requisitos, que sin embargo no han estado exentos de críticas por parte de la doctrina, tanto es así, que los autores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ han considerado que “ha dado más alas a la tempestad científica sobre la cuestión”, y la expresión no es en absoluto desacertada cuando se observa el debate jurídico que ha planteado.

No podemos decir que la Instrucción no tenga un interés loable, ya que lo que busca es *“dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor”* y también *“la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción”*, sin embargo estamos ante un caso en el que las autoridades españolas aplican directamente la Ley material española a la determinación de la filiación de los menores, a pesar de que exista un acta registral extranjera en la que se establece la filiación de los niños nacidos por estas técnicas de gestación por sustitución. La principal crítica que suscita es la ignorancia de la presencia de elementos internacionales en el caso, lo cual no concuerda con la intención de las normas del Derecho internacional privado español. Más allá de la corrección técnica de esta actitud de la norma, la práctica de numerosas autoridades registrales españolas de rechazar que los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución sean inscritos en el Registro como españoles, implica que no podrán acceder a la documentación oficial que les permitiría salir del país extranjero en el que nacen para reunirse con el resto de su familia española. Además, si las autoridades del país extranjero donde se produjo su nacimiento no le otorgan su nacionalidad, el menor resultará apátrida.

Para asegurar la protección de los intereses del menor y de la madre que se somete a la técnica de subrogación, la Instrucción citada establece las siguientes exigencias:

- i. Resolución judicial extranjera sobre la filiación Los padres afectados, deberán presentar junto a la solicitud de inscripción de nacimiento, una resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del menor nacido. Esto supone una diferencia con respecto a la resolución de 2009, y ya no es suficiente para la inscripción en el Registro la certificación registral emitida por la autoridad competente extranjera o la declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del niño. Este cambio de dirección tiene una triple finalidad que

la propia Instrucción expone: controlar los requisitos de perfección y contenido del contrato, constatar la plena capacidad jurídica de la mujer gestante y perseguir el encubrimiento de tráfico internacional de menores.

- ii. Exequatur de la resolución judicial extranjera. La instrucción especifica que deberá adjuntarse a la solicitud de inscripción, el auto judicial definitivo expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al exequátur
- iii. Si la resolución judicial extranjera se ha dictado en un “procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”, no es preciso acudir al reconocimiento por homologación. El Encargado del Registro Civil controlará como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. La propia Instrucción establece de forma clara los puntos en concreto que debe comprobar con el fin de aportar la mayor seguridad jurídica posible, en los que se centra especialmente en el consentimiento de la madre y la protección del interés del menor. Sin embargo, si la resolución judicial extranjera que determina la filiación se dicta en un procedimiento contencioso será necesario instar el exequátur ante los Juzgados de Primera Instancia

Estos requisitos han sido objeto de crítica y calificados de inadecuados por la doctrina. Quizá la crítica más unánime a estos requisitos, sea que la exigencia de una resolución judicial extranjera acerca de la filiación del nacido puede ser contraria a la Ley. La DGRN se basa para justificarlo en la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (concretamente en su artículo 10 dedicado a la gestación por sustitución) ya que consideran que la determinación de la filiación a la que hace referencia, necesita de una resolución del órgano judicial competente.

Los autores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ invocan una teoría particular al hacer la crítica y establecen que dicha Ley 14/2006 no debe aplicarse cuando se solicita la inscripción de nacimiento presentando como título inscribible un acta registral extranjera. Establecen que *“en los supuestos internacionales, la determinación, en Derecho español, de la filiación de un sujeto nacido como consecuencia de una gestación por sustitución puede llevarse a cabo a través de dos mecanismos legales diferentes: mediante una «tutela por declaración» o mediante una «tutela por reconocimiento»*”. La tutela por declaración se produce cuando la filiación de un sujeto nacido no ha quedado determinada una decisión expedida por autoridades extranjeras y por tanto se insta la determinación de la filiación ante autoridades españolas, las cuales aplicarán el art. 9.4 CC, que lleva a la aplicación de la ley nacional del hijo y por tanto los criterios sobre filiación que la ley de dicho Estado tenga establecidos (por el parto, material genético aportado...) Consecuentemente, para poder aplicar el Derecho español, y por tanto, la Ley 14/2006, el menor sobre el que se discute debe ser español. De hecho, podemos entender que la redacción de la propia Ley 14/2006 en su artículo 10 lleva a este razonamiento cuando establece que

la filiación “será determinada”, es decir, que no ha sido determinada previamente por algún tipo de decisión de la autoridad

Por el contrario, nos encontramos con una tutela por reconocimiento cuando ya existe una decisión de autoridades públicas extranjeras acerca de la filiación del menor, y lo que se trata es de discernir los efectos jurídicos que dicha decisión puede tener en España, por tanto es un problema de reconocimiento de decisiones extranjeras (en el que no es aplicable la Ley 14/2006) y los arts. 81 a 85 RRC permiten el acceso al Registro de un nacimiento en país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera, por lo que contradecir estos presupuestos por parte de una instrucción supondría quebrar el principio de jerarquía normativa del 1.2 CC. Queda por tanto en duda el argumento de la necesidad de una resolución acerca de la filiación de la que nos habla la Instrucción de 2010.

Esta diferencia ya ha sido aplicada en la práctica, por ejemplo en la Resolución, 23-9-2011 EDD 2011/360050, donde se acuerda la inscripción en el Registro de la menor nacida en California mediante la técnica de gestación por sustitución, y cumpliéndose los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, se considera que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la resolución dictada por autoridad extranjera puesto que lo que se pretende es que se inscriba una relación de filiación previamente declarada, es decir, una tutela por reconocimiento de las autoridades españolas.

Si bien la aplicación más estricta de la Ley 14/2006 en su artículo 10 puede parecer un complemento a la seguridad jurídica en una situación tan delicada como es la filiación, lo cierto es que en la práctica crea obstáculos que afectan al propio interés del menor de forma negativa. Prueba de ello es que su aplicación estricta implica que sólo podrá permitir la inscripción en el Registro de la filiación del padre biológico del niño nacido por gestación por sustitución, por lo que el menor tendrá distintos padres dependiendo del estado en que se encuentre, ya que sus padres en el país donde nace serán los determinados en la decisión de la autoridad extranjera, y los padres legales en España, serán los fijados a través del art.10.3 de la Ley 14/2006, y por tanto la madre será la mujer que ha dado a luz al menor. Parece claramente contrario al interés superior del menor hacer depender su filiación de su posición geográfica, rompiendo su derecho a una identidad única y olvidando el alcance emocional y psicológico que la determinación de la filiación puede tener tanto en el niño como en los padres, siendo todo ello contrario a lo que la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 8.1 *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”*

La mención a la Convención sobre los Derechos del Niño nos plantea una tesis interesante, y es que a pesar de la literalidad de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, debe tenerse en cuenta el art. 3 de la Convención

sobre los derechos del niño que realiza un control del Derecho de los distintos Estados Parte, y basándose en este precepto los tribunales españoles pueden acreditar que la inscripción de la filiación a favor de la mujer que ha dado a luz perjudica el interés superior del menor, y dada la primacía del Convenio sobre las normas españolas, los tribunales españoles podrían rechazar tal inscripción y optar por una solución que asegure el interés del menor en el caso concreto.

Una segunda crítica a los requisitos de la Instrucción de 2010 parte del control de la competencia judicial internacional que establece al decir que *“el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española”* y es que parece lógico pensar que las normas de competencia judicial internacional españolas no pueden decidir la competencia o no en asuntos internacionales que corresponde a otro Estado. De ser así, se estaría atentando contra la soberanía de dicho Estado y por tanto este requisito, que más bien parece querer imponer el derecho Español en un ámbito que no le corresponde, no parece realista.

Hay que hacer además una crítica, quizá no tanto de fondo como de expresión de la Instrucción, ya que exige un exequátur de la resolución judicial extranjera, en el caso de que la resolución judicial extranjera se haya dictado en un procedimiento contencioso cuando lo cierto es que el exequátur sólo se requiere en el caso de que la resolución implique actos materiales de ejecución, cosa que no ocurre en las acciones declarativas de filiación, que son acciones declarativas, por tanto ese exequátur es innecesario y lo que nos interesará es obtener el reconocimiento.

Cabe hacer una referencia a la incidencia del Orden Público Internacional en este asunto. Se puede observar que en la lista de elementos que el Encargado del Registro Civil debe constatar no se encuentra la compatibilidad con el Orden Público Internacional. Esta comprobación podría ser de importancia para asegurar que no produce efectos contrarios a los principios fundamentales y básicos del Derecho español, si bien es cierto que puede entenderse que esta falta de mención se debe a lo indeterminado del concepto jurídico de Orden Público y por tanto a la inseguridad y difícil aplicabilidad de este concepto. Los autores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, apoyan que no existe vulneración del orden público internacional sino que sostienen la idea de que debe exigirse un orden público atenuado

No obstante las críticas, la DGRN ha venido aplicando su Instrucción de 2010 resolviendo diversos casos de inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada mediante gestación por sustitución en el extranjero como la Resolución, 23-9-2011 EDD 2011/360049, donde acuerda la inscripción en el Registro, al haber obtenido un nacional español y otro de nacionalidad alemana la paternidad de una menor nacida en California mediante la técnica de gestación por sustitución;

Resolución, 27-6-2011 EDD 2011/358670, que revoca el auto del encargado del Registro Civil Consular de Chicago que deniega la inscripción de una resolución en virtud de la cual se declara la filiación paterna a favor de los recurrentes respecto de un niño nacido mediante gestación por sustitución en Illinois a partir de material genético de uno de los recurrentes y de una mujer donante distinta de la madre gestante; o la Resolución, 9-6-2011 EDD 2011/358667 en la que afirma la competencia del Registro Civil Consular español de Los Ángeles para la inscripción del nacimiento y acordando la inscripción en el Registro de un niño nacido de una madre subrogada en California por cumplirse todos los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Hay que considerar el art. 17 CC que precisa que son españoles los “nacidos de padre o madre españoles” (el criterio *jus sanguinis*) No exige ninguna sentencia judicial que acredite la filiación del nacido sino que sería suficiente con que quede acreditado, por ejemplo que el nacido ha sido generado a partir de material genético de un ciudadano español. Esto implicaría que si existen tales indicios, el menor nacido en un Estado distinto, incluso si ha sido a través de técnicas de gestación por sustitución, debe ser considerado español y por tanto debe ser inscrito en el Registro español y recibir la documentación que le corresponde como ciudadano español, siendo especialmente importante su pasaporte. Esta tesis se ha aplicado en la práctica de otros Estados, como Bélgica, donde la sentencia Cour d’appel Liège de 6 de septiembre 2010 determinó que los menores afectados nacidos en California presentaban indicios racionales de haber sido generados a partir de material genético belga, y por tanto debían ser considerados belgas al ser nacidos de padre belga. Consideraban entonces que ello era suficiente para reconocer parcialmente el acta registral californiana de nacimiento, de modo que la filiación fue aceptada en Bélgica considerando el interés superior de los menores.

Por todo lo anterior, son numerosos los autores que dudan que esta Instrucción de 2010 sea una verdadera solución al problema y la tachan de excesivamente burocratizada. Otros autores han planteado posibles soluciones ignorando dicha Instrucción, como LLEDÓ YAGÜE, quien ha planteado la posibilidad de llegar al resultado de la maternidad subrogada mediante otro procedimiento: un hombre casado consiente que se insemine con su material reproductor a una mujer distinta de la suya. Posteriormente, y una vez nacido el niño, la mujer casada solicita la adopción del hijo/a que su marido acaba de tener, ya que según el art. 176.2. 2º CC los casos en que el adoptado sea hijo del consorte del adoptante no requieren la propuesta previa de la entidad pública. Sin embargo, hay autores como VELA SÁNCHEZ que consideran que se trataría de un fraude de ley.

No sólo expertos juristas han dado su opinión al respecto de la maternidad subrogada y su posible solución. El 18 de febrero de este año 2013, se hacía público en el diario Hoy.es las declaraciones del secretario general y portavoz de la Conferencia

Episcopal, Juan Antonio Martínez Camino, quien expresó su rechazo a la gestación subrogada por considerar que atenta contra la dignidad humana, creando una “fragmentación de la maternidad”, y por ello considera que no debe darse ningún paso en la dirección de regular o facilitar esta práctica. Por otra parte, encontramos organizaciones como *Subrogalia*, especializados en maternidad subrogada y cuya función principal es poner en contacto a los padres con madres de otros Estados y prestar la asistencia médica, jurídica, psicológica... para que dicha maternidad por subrogación pueda llevarse a cabo; ellos por su parte, cuando en su apartado de “preguntas frecuentes” les cuestionan sobre si el bebé será finalmente español, responden con un contundente “por supuesto”. Estos ejemplos nos hacen tomar conciencia del cuidado que debe tomarse al plantear cualquier tipo de solución, ya que ante una materia tan sensible, siempre se encontrarán posturas encontradas y por tanto lo que se debe hacer, y así lo pretendía la Instrucción de 2010, es proteger los derechos de la mujer gestante, controlar el contrato en busca de abusos, respetar el derecho del menor de conocer su origen biológico, evitar el tráfico internacional de menores y sobre todo, proteger los intereses del menor.

La gestación por sustitución es un tema de gran repercusión social por el alto grado de implicaciones éticas, sociales y psicológicas que implica; esto hace que encontrar una solución eficaz y eficiente sea difícil. La única solución viable parece la mejora de los elementos normativos y la aplicación de los mismos a cada caso concreto, manteniendo siempre el interés superior del menor como guía para cualquier decisión, ya que a fin de cuentas, es en el niño resultado de este método de gestación por sustitución en quien repercutirán los efectos positivos y negativos de cualquier regulación.

E) NOVEDADES QUE APORTA LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL

El 21 de julio de 2011 fue aprobada la nueva Ley del Registro Civil, la denominada Ley 20/2011 del Registro Civil la cual se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 22 de julio de 2011. Sin embargo esta ley está pendiente aún de desarrollo reglamentario, tiene una *vacatio legis* de 3 años con las excepciones previstas en la misma y entrará en vigor el próximo 22 de julio de 2014.

El Derecho registral civil español hasta la elaboración de esta nueva ley se basaba en la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y en su Reglamento de 14 de noviembre de 1985. Esta legislación es en la actualidad insuficiente, y a pesar de que se completaba con resoluciones provenientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado, era necesaria la elaboración de una nueva ley que se adaptase a los nuevos tiempos.

Esta nueva ley pretende acomodar el Registro Civil a la sociedad actual y a nuestra legislación, además quiere desjudicializar la función registral y pretende también la creación de un Registro Civil único y electrónico para toda España. Concretamente incide en el aspecto del Derecho de la persona y en el Derecho de familia.

Sin embargo presenta una estructura nada lógica en el sentido de que por un lado establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y por otro lado se incluye la posibilidad del acceso a nuestro Registro Civil de las certificaciones registrales expedidas por las autoridades públicas competentes en los Estados en que sí se permita esta práctica.

Antes de comenzar a hablar de las distintas modificaciones de esta nueva Ley del Registro Civil, es necesario precisar el **contexto en el que ahora nos encontramos** y esto lo haremos en torno a las siguientes resoluciones:

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

La actual polémica en torno a la posibilidad o no de inscripción en nuestro Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución se originó cuando un matrimonio formado por dos varones acudió al Estado de California, EE.UU., donde sí está admitida esta práctica, para llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución. El problema se originó cuando pretendieron la inscripción de los dos menores nacidos en el Registro Civil consular de Los Ángeles como hijos naturales de ambos aportando únicamente el certificado registral extranjero de nacimiento de los dos menores.

Esta petición de inscripción fue denegada, sin embargo cuando el matrimonio interpuso un recurso contra el auto que lo denegaba, la DGRN, ignorando los requisitos establecidos en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, admite tal recurso y permite que mediante el mero certificado registral extranjero de nacimiento sea suficiente para inscribir la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución de estos dos menores.

Los argumentos que la Resolución alegaba principalmente consistían en decir que se trataba de un problema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España en el cual las certificaciones registrales se habían decidido ya por una autoridad extranjera. Además decía que no se vulneraba el orden público internacional español ya que en España se admitía la filiación a favor de dos varones o dos mujeres en los casos de adopción y además porque el niño tiene derecho a tener una identidad única

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, num.15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 23 de noviembre de 2011

-

Esta Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue impugnada por el Ministerio Fiscal y el Juzgado de Primera Instancia num.15 de Valencia la anuló en la mencionada Sentencia de 15 de septiembre de 2010. Esta Sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia en la también mencionada Sentencia de 23 de noviembre de 2011.

Tanto en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia como en la de la Audiencia Provincial, ambas de Valencia, se manifiestan acerca del error de esta Resolución por obviar el doble control de legalidad y realidad exigido por el artículo 23 de la LRC de 1957.

Esta doble exigencia se refiere a que por un lado se debe cumplir el control de legalidad el cual consiste en la no vulneración del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida el cual prohíbe el contrato de gestación por sustitución y establece que la filiación va a quedar determinada por el hecho del parto. Por otro lado se debe cumplir el control de realidad según el estado actual de la ciencia.

El control de legalidad no se cumpliría ya que no respeta esta prohibición del artículo 10 de la LTRHA y el control de realidad tampoco se cumpliría ya que según el estado actual de la ciencia es imposible la filiación biológica venida de dos personas varones.

En este sentido alegan que la Resolución de 18 de febrero de 2009 no respeta el principio de prevalencia de un precepto legal sobre uno reglamentario ya que esta Resolución desatiende las exigencias del artículo 23 de la LRC de 1957 y se basa en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil.

Ambas resoluciones propusieron como solución la posibilidad de que el varón que fuese el padre biológico de los menores ejercitase la acción de reclamación de la paternidad como recoge el artículo 10,3 LTRHA y que la madre biológica consistiese en dar en adopción a los menores para que así pudiesen ser adoptados posteriormente por el otro varón del matrimonio.

- Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

Entre la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia se publicó esta Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Esta Instrucción tiene como principal objetivo proteger el interés superior del menor y supone un cambio respecto lo que se venía haciendo con la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

En esta Instrucción la DGRN exige la resolución judicial extranjera como documento para permitir la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Este es el cambio que se establece en esta Instrucción respecto de la Resolución de 18 de febrero de 2009 ya que esta última exigía el certificado registral extranjero de nacimiento.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 diferenciaba entre procedimiento contencioso y procedimiento voluntario exigiendo para el primero el exequátur de la resolución judicial extranjera y para el segundo exigía control incidental.

Sin embargo debemos señalar respecto a este último control incidental que esta Instrucción no exige cumplir el control de legalidad por lo tanto como no exigen que se respete la legalidad española supone una entrada automática al Registro Civil español de las resoluciones judiciales extranjeras que determinen una filiación por la práctica ya mencionada, práctica prohibida por nuestro artículo 10 LTRHA.

Además es preciso señalar que las exigencias introducidas por esta Instrucción de 5 de octubre de 2010 suponen un carácter tan autoritario que hace pensar que ocupan un papel de legislador, cosa que no les corresponde ya que además introducen ciertas matizaciones contrarias a la nueva Ley 20/2011 del Registro Civil que ya estaba en aquel momento publicada y por lo tanto la podían conocer.

Una vez conocido el panorama legislativo en el que se movería esta **nueva Ley 20/2011 del Registro Civil es preciso conocer las modificaciones que introduce referentes a la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.**

Esta nueva Ley dedica su Título X a las normas de Derecho Internacional Privado. Su Exposición de Motivos la dedica a la introducción de este nuevo título expresando que una de las mayores novedades se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros.

Sin embargo el problema que suscita el caso que nos atañe, los hijos nacidos de técnicas gestación por sustitución, no se menciona ni en el texto de la ley ni en los diarios de sesiones de las comisiones en las que se discutió.

Muchas son las modificaciones que introduce esta nueva Ley 20/2011, con carácter general son las modificaciones mencionadas al inicio consistentes en el hecho de que el Registro Civil ahora será único en toda España y no ya tan orientado a la persona superando así su carácter individual y personalizado, estará informatizado y será accesible electrónicamente y propone desjudicializar la función registral sustituyéndolo por un modelo organizativo que reduce las Oficinas del Registro Civil y supera el principio anterior de la territorialidad.

En esta exposición me centraré en el estudio de los artículos 94, 95, 96, 97 y 98 de esta Ley 20/2011 del Registro Civil ya que son los que muestran relación con el asunto aquí tratado, el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil.

En primer lugar el Título X referente a las normas de Derecho Internacional Privado comienza con el artículo 94 el cual establece que:

“Las normas del presente Título se aplicarán sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los tratados e instrumentos internacionales vigentes en España.”

En este sentido solo señalar el alcance, en cuanto a la aplicación, de las normas recogidas en este Título ya que lo relevante es el análisis de los artículos posteriores.

El artículo 95 habla de la traducción y legalización de documentos y establece lo siguiente:

“1. Los documentos no redactados en una de las lenguas oficiales españolas o escritos en letra antigua o poco inteligible, deberán acompañarse de traducción efectuada por órgano o funcionario competentes. No obstante, si al Encargado del Registro le constare el contenido del documento podrá prescindir de la traducción.

2. Todo documento expedido por funcionario o autoridad extranjera se presentará con la correspondiente legalización. No obstante, quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le constare al Encargado del Registro y aquéllos que llegaren por vía oficial o por diligencia bastante.

3. El Encargado que dude de la autenticidad de un documento, realizará las comprobaciones oportunas en el menor tiempo posible.”

En este sentido debemos acudir al párrafo segundo de este artículo cuando dice que *“No obstante, quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le constare al Encargado del Registro”*. Esto nos podría llevar a pensar que tal dispensa podría llevar a una situación prohibida respecto al tema que estamos tratando.

Esto se debe a que, el permitir que haya documentos a los que se les exima de esta obligación de legitimación por el mero hecho del convencimiento del encargado del Registro, puede llevar a que se legalice un documento que en realidad no era lo que ciertamente pensaba el encargado del Registro y llevar a una situación no deseable jurídicamente desde este enfoque que estamos analizando.

El artículo 96 de la nueva Ley 20/2011 presenta una de las mayores novedades desde el punto de vista del tema de la inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Este artículo se refiere al acceso al Registro Civil de las sentencias y resoluciones judiciales extranjeras y estipula lo siguiente:

“1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente.

3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.”

En primer lugar decir que este artículo propone dos vías para que se produzca el reconocimiento. En los casos en los que la resolución proceda de un proceso contencioso deberá mediar el correspondiente exequátur y en los casos en los que la resolución resulte de un procedimiento equiparable a la jurisdicción voluntaria se trataría de un reconocimiento incidental.

Respecto a este último supuesto, el artículo 96 en su apartado segundo, inciso dos, permite que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se pueda instar ante el Encargado del Registro Civil, siempre que este verifiquen ciertos aspectos ahí descritos.

Esta posibilidad implica que se podría proceder al reconocimiento incidental de una resolución judicial extranjera por medio del Encargado del Registro Civil. Esto supone un problema en el sentido de que un órgano no jurisdiccional en este caso estaría ejerciendo una función que corresponde única y exclusivamente al poder judicial.

Además de que este hecho sea cuestionable, algunas de las verificaciones que el Encargado del Registro debe hacer también serían objeto de mención en este sentido. Concretamente el apartado b) y d) de este apartado.

El apartado b) señala que el Encargado del Registro debe verificar *“Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.”*

Este apartado nos podría llevar a pensar en una cierta bilateralidad, técnica empleada durante mucho tiempo, en el sentido de que se establecería una bilateralidad de nuestros criterios de competencia para que se considerasen competentes legítimamente las autoridades públicas extranjeras cuando se cumpliesen ciertos requisitos.

Por su parte el apartado d) indica que el Encargado del Registro debe verificar *“Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”*.

Debido a esta mención del orden público español podríamos pensar en la prohibición del artículo 10 LTRHA actuando como una norma que impediría la inscripción en el Registro Civil de una filiación surgida mediante este tipo de práctica, impidiendo así la vulneración de nuestra legislación.

El artículo 97 de esta Ley se refiere a los documentos extranjeros extrajudiciales y establece lo siguiente:

“Un documento público extranjero no judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos:

1.º Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

2.º Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate.

3.º Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

4.º Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.”

Respecto a este precepto he de mencionar el tercer apartado el cual establece que *“el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”*.

En este sentido decir que implica una concepción no muy acertada ya que es demasiado amplia para determinar lo que ocurre en el caso que nos ocupa, los casos de niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.

En último lugar hablar del artículo 98 el cual también tiene mucha relevancia con nuestro tema de análisis. Este artículo habla de la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros y dice lo siguiente:

“1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley.

3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan.”

Para comenzar decir que este artículo 98 diferencia entre las certificaciones registrales extranjeras que no son el reflejo de una resolución judicial previa, encontrándose estas en el apartado primero y las certificaciones registrales extranjeras que sí son un reflejo de una resolución judicial previa en el apartado segundo.

Respecto de las certificaciones registrales extranjeras que no son el reflejo de una resolución judicial previa el apartado primero letra b) exige *“Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.”*

Esto nos lleva a comprobar cuales son estas garantías exigidas para la inscripción por nuestra ley estableciendo un principio de legalidad y esto lo encontramos en el artículo 13 de esta nueva Ley 20/2011 que dice lo siguiente:

“Los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos.”

En este sentido decir que el término “análogas garantías” no conlleva que deban respetarse de forma total todas las garantías que establece el ordenamiento español ya que debiendo ser estas “análogas” no tienen la obligación de ser exactamente las mismas. De esta manera se estaría dejando abierta una vía que impediría la total certeza y seguridad de que lo establecido en nuestra regulación se va a cumplir y respetar.

En cuanto a las certificaciones registrales extranjeras que son un mero reflejo de una resolución judicial previa este remite al artículo 96, artículo que como ya he dicho antes supone una base no segura puesto que este artículo mantiene varias deficiencias en lo referente al tema tratado.

En conclusión decir que el problema que suscita en España la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución no queda cerrado, ni mucho menos, con la redacción de esta nueva Ley 29/2011 de 21 del Registro Civil.

Simplemente el hecho de que una práctica de este tipo esté prohibida en nuestro ordenamiento por el artículo 10 LTRHA ya presupone de antemano que esta cuestión va a suscitar un problema por si mismo desde el punto de vista del reconocimiento de esta situación en nuestro país.

El Derecho Internacional Privado se estaría usando en este caso para dar vueltas a un asunto que aun no ha sido solucionado y que debería tener alguna regulación clara y no que fuese dando bandazos de una solución a otra ya que, al ritmo que avanza nuestra sociedad en el ámbito de las relaciones personales y familiares en el ámbito internacional, esta práctica va a ser aun más frecuente y es preciso que tengamos una seguridad jurídica en este ámbito que tenga como principal valor el interés superior del menor alejado de cualquier otro aspecto o convicción social.

BIBLIOGRAFÍA

CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (Octubre 2009), Vol. 1, No 2, pp. 294-319

ANTONIA DURÁN AYAGO El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla): Diario La Ley, Nº 7815, Sección Doctrina, 9 Mar. 2012, Año XXXIII, Ref. D-112, Editorial LA LEY. LA LEY 2208/2012.

ANA QUIÑONES ESCÁMEZ. Indret revista para el ANÁLISIS DEL DERECHO. Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada.

MARÍA VICTORIA JIMÉNEZ MARTÍNEZ. La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. Universidad de Alcalá

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE . Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Valencia. Diario La Ley, Nº 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010, Año XXXI, Ref. D-334, Editorial LA LEY.

ESTHER FARNÓS AMORÓS; Indret, revista para el ANALISIS DEL DERECHO. Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” - Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 247-262

LLEDÓ YAGÜE, F.: “La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida” en Anuario de Derecho Civil, 1998, Tomo II, pp. 1256 y sig

Revista jurídica de Castilla y León. El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Número 30. mayo de 2013 ISSN: 2254-3805 Derecho Civil

VELA SÁNCHEZ, A.: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en Diario la Ley, (Sección Doctrina), nº 7608

MARÍA VICTORIA JIMÉNEZ MARTÍNEZ. Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V (2012) 365-381

<http://www.hoy.es/v/20130219/sociedad/obispos-cargan-contra-iniciativa-20130219.html>

Hoy.es 19.02.13 00:13

<http://www.subrogalia.com/index.html>

JURISPRUDENCIA

Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2003 *Asunto C-148/02. Carlos García Avello y État Belge*

La Resolución de la DGRN de 18 febrero 2009

NORMATIVA

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil

Convención sobre los Derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010).

IV. Trabajos de la Conferencia de La Haya en materia de gestación por sustitución

© Estefanía Azaña Escalante / Priscila Martín Vales.

En el 2001 durante la Conferencia de La Haya relativa al “Derecho Internacional Privado en torno a la situación de los niños, en particular, el reconocimiento de las relaciones entre padres e hijos (filiación)”, el tema de la maternidad subrogada surgió como una posible área de trabajo en la misma.

No obstante lo anterior, este tema quedó en suspenso hasta el 2010. En abril de dicho año, el Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia de La Haya incitó a la Oficina Permanente a elaborar una breve nota preliminar relativa al tema en cuestión para el Consejo de 2011. En la misma reunión, se concluyó que el número de casos internacionales de subrogación aumentaba rápidamente^{1?}, por lo que se expresó la preocupación por la incertidumbre de los niños nacidos mediante esta técnica. Además en la misma, se concluyó que la utilización del Convenio sobre Adopción Internacional de La Haya de 1993, en los casos de maternidad subrogada internacional, era inadecuada. Por lo antes expuesto, la Conferencia de la Haya debía llevar a cabo más estudios sobre el tema anteriormente citado.

El 11 de marzo de 2011, la Oficina Permanente elaboró el Documento Preliminar N°11 "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en torno a la situación de los niños, incluidos los problemas derivados de los acuerdos de subrogación internacionales". Este documento, recibió una respuesta positiva de apoyo de los Estados miembros, por lo que la Oficina Permanente solicitó intensificar los trabajos pidiendo un informe preliminar para el Consejo de 2012.

En marzo de 2012, se publicó el Informe Preliminar, para la consideración de los miembros de la Conferencia de La Haya. Seguidamente en el mes de abril del mismo año, el Consejo volvió a instar a la Oficina Permanente para que presentara su informe final al mismo en 2014.

En el año en curso, se pone a disposición de los interesados unos cuestionarios para dar solución a los puntos conflictivos para lograr un consenso relativo a la creación de unas posibles normas reguladoras de la maternidad subrogada internacional.

En abril de 2011, el Consejo recibió un informe sobre la realidad de los niños, incluidos los problemas derivados de la concepción subrogada. Poniendo énfasis en la paternidad y maternidad legal, y sus consecuencias en los diferentes países. La más señalada es la condición de apátridas. Siendo dichos niños abandonados, sin Estado

(en algunos casos) y sin padres. Así como la afección a sus Derechos Fundamentales, al no ser discriminado y a adquirir su nacionalidad y a preservar su identidad.

Por lo antes mencionado es que la Oficina Permanente de La Haya, se está dedicando a analizar la legislación de los Estados en donde se encuentra regulada la maternidad subrogada, para poder dar respuesta a los problemas derivados del reconocimiento o la determinación de la filiación legal del niño y su nacionalidad. Se trata de determinar qué ocurre cuando en un Estado se acepta esta práctica y en otro no. Se debe, por tanto, de dar prioridad a los intereses del niño.

Hay Estados que prohíben esta técnica por entender que “viola la dignidad humana del niño y de la madre de alquiler”. Por ello, los acuerdos de maternidad subrogada son nulos y, por tanto, no despliegan efectos. Debido a lo cual, la madre sustituta es la madre legal. De manera que, en ocasiones, dichas reglas pueden prohibir, la adopción del mencionado menor, si los futuros padres adoptivos han “adquirido” al niño por medios ilícitos o contrarios al orden público. Por lo que, el padre legal del niño, suele ser el marido de la madre sustituta, en los casos de que la misma este casada. No obstante, en algunos Estados (como es el caso de España), esta presunción puede ser impugnada. Para, posteriormente interponer un recurso para obtener la paternidad legal del menor.

Un segundo grupo de países se enmarcarían dentro de los que su regulación no prohíbe, con carácter específico, esta técnica. Además, estos acuerdos son nulos y no despliegan efecto, desde el punto de vista de una clausula esencial. También, en algunos Estados, la subrogación comercial está prohibida, ya sea por disposición expresa de la legislación penal, ya sea porque dichos acuerdos van en contra de los PGD penal derivados de la trata de niños.

No obstante se observa una creciente tendencia judicial, en algunos Estados, a facilitar esta filiación. Que el contrato no sea vinculante, significa que los padres “adoptivos” tendrán que entender que la madre sustituta continúe dando su consentimiento. Por ello, en algunos Estados se está pensando su regulación.

Los casos de subrogación altruista son muchos menos, en comparación de los que se producen en una subrogación comercial, en los Estados en los cuales está permitido.

Cada vez más Estados son los que legislan permitiendo expresamente la maternidad subrogada. En general, dichos Estados permiten esta práctica para determinadas personas, proporcionando disposiciones relativas a la misma. No obstante, en otros Estados en un delito criminal.

Podemos clasificar los países en dos grupos de acuerdo con la supervisión establecida en los mismos. En primer lugar, el grupo en el que se aplica un proceso de autorización previa el convenio de subrogación entre los futuros padres y la madre de alquiler. El segundo grupo, es la introducción de medidas para introducir un

procedimiento definido para los padres con la intención de adquirir a posteriori la paternidad legal. Siendo el objetivo del mismo la transferencia de la filiación legal después del nacimiento del menor. A la par de un control de cumplimiento de los requisitos establecidos con la “orden de paternidad”.

La mayoría de los Estados, los convenios de subrogación que admiten son los altruistas. Y, en muchos Estados está prohibida la subrogación comercial en el ámbito penal. No obstante, sí que estaría permitido, en la mayoría de los Estados, pagar los gastos razonables.

Una excepción de lo anterior lo constituye Israel. En dicho Estado se permite que a la madre sustituta perciba una “indemnización” mensual derivada del dolor y sufrimiento, además, de los gastos ocasionados. La ley no fija una cantidad para cada caso, sino que esta deberá ser fruto del acuerdo de las partes. Y, en su defecto, a instancia del Comité regulador.

Además, se añade una fuerte tendencia entre los Estados para permitir estos acuerdos de subrogación, en los casos en los que al menos uno de los padres intencionales lleve el niño su carga genética. Sin embargo, en algunos Estados se establece que no deben tener ningún vínculo genético entre ellos.

Los criterios que deben cumplir los padres intencionales difieren en cada Estado. Sin embargo, la Convención entiende que deben de cumplirse unos requisitos. Entre ellos se encuentran para la madre sustituta, el requisito de edad, sometimiento a exámenes médicos y psicológicos, que ya haya tenido un embarazo viable, o haya tenido todos los hijos que quisiera tener. Además de cumplir con la condición sobre el estado civil.

En cuanto a los requisitos de los padres intencionales, muchos Estados exigen un certificado médico por el cual quede acreditado que la madre intencional no puede gestar. También, algunos Estados establecen restricciones sobre el estado civil, la orientación sexual y la edad de los padres intencionales.

La autorización de la gestación subrogada, en los Estados que la permiten, normalmente conlleva el automático reconocimiento de la filiación del niño a favor de los padres intencionales. Como excepción, volvemos a citar a Israel. En el cual, los futuros padres deben iniciar los procedimientos para obtener una sentencia de paternidad a más tardar de 7 días después del nacimiento del niño.

En los Estados en los cuales se regula la filiación ex post facto, es que se registrará la filiación por la ley del lugar del nacimiento del menor. No obstante, los padres intencionales pueden solicitar la filiación en el plazo fijado por la ley (a menudo 6 meses). Sin embargo, hay que señalar que prima el interés del menor. En esto coinciden todos los Estados.

La regulación de los intermediarios (agencias), en muchas ocasiones no es posible. Ya que, se prohíbe en muchos Estados la subrogación con ánimo de lucro.

En los Estados en los que se establece una “autorización previa”, es imposible, por lo general, que al emitirse la licencia, la madre sustituta resuelva el contrato. Esto se deriva de los principios que rigen el contrato.

La legislación en Estos Estados intenta evitar el “turismo procreador”, estableciendo requisitos como el domicilio o la residencia habitual en los mismos Estados.

El último grupo de Estados² que posee un enfoque permisivo a la subrogación tienen un conjunto de características similares:

- a. La subrogación comercial se encuentra permitida y además es practicada.
- b. Existen disposiciones para acceder a la subrogación, las cuales consisten en procedimientos que establecen los Estados que permiten que la filiación le sea concedida a uno o a ambos padres intencionales.
- c. No se exige como requisito tener domicilio o residencia habitual a los padres intencionales.

El resultado de las características antes mencionadas son fruto de las legislaciones, prácticas judiciales, ausencia de legislaciones, o un producto de todas. Dado a que algunos Estados tienen perspectivas económicas hasta llegar a incentivar lo denominado “turismo médico”, mientras que otros Estados por su cultura legislativa han regulado o no esta situación.

En los Estados donde existe regulación legal sobre la subrogación (al menos una limitada), se establecen criterios de elegibilidad que deben ser cumplidas por los padres intencionales o por las madres subrogadas con el fin de poder acceder legalmente a la subrogación.

En cuanto a la paternidad legal, en algunos de estos Estados, los padres intencionales pueden ser colocados inmediatamente en el acta de nacimiento (después del nacimiento del menor), si ciertas condiciones son cumplidas. En contraste, con algunos Estados, es posible adquirir una pre orden de nacimiento de tal manera que el niño será automáticamente el hijo legal de los padres que tengan la intención en el nacimiento.

Como se ha señalado, algunos de los Estados que han legislado la subrogación lo han hecho recientemente. Un dato resaltante es que algunos Estados que actualmente no la tienen legislada e incluso la tienen prohibida están considerando algún tipo de regulación.

Aquella legislación ya existente o en consideración, por lo general contiene normas que permiten y regulan determinadas formas definidas en los acuerdos de

subrogación. Al mismo tiempo, hay legislaciones que prohíben las formas de acuerdo que no encajan dentro de la "modelo" aprobado. Asimismo, algunos Estados están siguiendo el "modelo" griego - israelí de requerir la aprobación previa de un cuerpo antes de que comience el tratamiento médico.

Tal como se describió en el Documento Preliminar No 11 de marzo de 2011, en la subrogación internacional existen acuerdos tomados en general, lo que implica una intervención de las autoridades Estado receptor de las siguientes formas:

1. A las autoridades consulares en el extranjero cuando el o los padre (s) intencional (es) pueda solicitar un pasaporte u otra documentación de viaje para el niño con el fin de volver a "casa".

2. Cuando el o los padre (s) intencional (es) y el niño están de vuelta en el Estado receptor y se desee asegurarse de la situación jurídica del niño se regularice allí. Por lo general hay dos cuestiones (interconectados) para las autoridades del Estado receptor.

Otro de los elementos en relación con los acuerdos internacionales de maternidad subrogada, es la creciente preocupación es la función del derecho penal. En muchos estados, la celebración de un acuerdo de subrogación comercial puede equivaler a un delito.

Los Estados aplican su propia ley interna a la pregunta de si el niño es nacional del Estado. Generalmente, dichas leyes establecen la nacionalidad "por el descenso", donde al menos uno de los padres intencionales es nacional del Estado. Esto significa que será necesario que las autoridades determinen la cuestión de la filiación jurídica con el fin de establecer posteriormente la cuestión de si al niño se le puede conceder un pasaporte. Para este fin, en los Estados de este tipo de agrupación se suele aplicar las normas de derecho internacional privado del Estado. Si las autoridades se niegan a emitir un pasaporte para el niño en algunos Estados, se puede impugnar la decisión.

Como se mencionó anteriormente, los acuerdos de subrogación internacionales implican un respeto por los derechos e intereses fundamentales de los niños, los que ya están siendo reconocidos ampliamente por la comunidad internacional. Por tanto, la última "necesidad" es de un instrumento multilateral que cree estructuras y procedimientos que permita a los Estados a asegurar que estas obligaciones se están cumpliendo en el contexto de este fenómeno transnacional. Además, esto significaría eliminar la variabilidad legal de la paternidad, que se asegure que los niños son capaces de adquirir una nacionalidad, garantizando su derecho a la identidad y poniendo en marcha procedimientos para garantizar que se encuentren protegidos de cualquier daño. Actualmente, existe un peligro real por la falta de regulación legislativo siendo los niños nacidos como resultado de los acuerdos de subrogación internacionales las únicas partes vulnerables

Dado que en la actualidad algunos Estados prohíben el uso de los acuerdos de subrogación, esto podría ser visto como incompatible con una discusión sobre la regulación de la internacional los acuerdos de subrogación. Este es un denominador común entre subrogación internacional y la adopción internacional. Los Estados miembros del Convenio de 1993, no están obligados a participar en cualquier nivel particular de adopción internacional. De hecho, en esta los Estados contratantes mantienen la facultad, para regular o restringir las adopciones internacionales en la forma que estimen conveniente, siempre y cuando se respeten sus garantías mínimas ".De la misma manera, el establecimiento de un instrumento marco para la cooperación y la prevención de los abusos, con el objetivo de proteger los derechos e intereses de los niños frutos de la maternidad subrogada es una necesidad imperiosa para la comunidad internacional.

A través de este informe preliminar queda constatado que existe una gran necesidad por un instrumento legal para solucionar el fenómeno mundial de la gestación por sustitución. La casi nula regulación, no satisface las necesidades de los Estados y mucho menos la de los niños nacidos bajo este contexto, puesto que no existe una garantía real para la protección de sus derechos e intereses fundamentales. En el 2013, si el Consejo apoya la continuación de los trabajos en este campo, la Oficina Permanente continuaría su labor en cumplimiento del mandato de 2011, de la siguiente manera:

- a. Cuestionario dirigido a los Estados miembros, a fin de obtener más información detallada sobre la incidencia y la naturaleza de los problemas que son encontrados en relación con los acuerdos de subrogación internacionales y sus posibles soluciones.
- b. Realizar consultas con médicos, juristas y otros profesionales (incluidas las agencias de alquiler de vientres) trabajan en el campo.
- c. Llevar a cabo nuevas investigaciones sobre derecho internacional privado comparado, en relación al parentesco legal, con el fin de evaluar una mejor conveniencia y viabilidad.

Páginas web consultadas:

- http://translate.googleusercontent.com/translate_f#15
 - <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>
 - http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010concl_e.pdf http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=182
-

1? Aumentó en 1000% desde 2006 a 2010 según las cinco grandes agencias especializadas en maternidad subrogada.

2?Georgia, India, Rusia, Tailandia, Uganda, Ucrania y Estados Unidos (18 estados en los que existen legislación y está admitida la subrogación comercial: California, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvania, South Carolina, Alabama, Arkansas, Connecticut, Illinois, Iowa, Nevada, North Dakota, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, West Virginia). Asimismo, ha habido reportes de agencias que emplean a madres subrogadas en Armenia y Moldavia.

V. Prensa y gestación subrogada (rastreo en los medios de comunicación del tratamiento de este tema. Referenciar sitio y breve resumen de la noticia)

© Linda Guerra Henríquez.

Como hemos podido ver a lo largo de la elaboración de este seminario, los problemas de reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución no es una temática que se circunscriba en exclusiva al ámbito jurídico sino que, por el contrario, tiene mucha más repercusión en nuestra sociedad de lo que podemos llegar a imaginar en una simple aproximación. Por ello, en este epígrafe desarrollaremos el problema desde un punto de vista social, a través de reportajes y noticias que hemos recopilado en Internet, lo que nos permitirá acercarnos a la concepción que tienen diferentes colectivos de ciudadanos sobre el tema, partiendo siempre con la cautela requerida a la hora de analizar un artículo periodístico.

Cabe destacar, además, que algunas de las historias que relataremos se correlacionan con las resoluciones que hemos analizado en el *Epígrafe III*, de lo cual daremos cuenta en el momento oportuno.

1.- Así las cosas, empecemos con un importante reportaje que lleva por título **“Vientres sin Ley”**, publicado el pasado 3 de noviembre por el diario “El País” en el que, en un primer estadio, se relata la historia de una mujer soltera y dos parejas españolas que viajan a California, Estados Unidos, con el objetivo de realizar “el *Tour* de la fertilidad”, este es, la búsqueda de un mal llamado ‘vientre de alquiler’. En el reportaje se describe cómo trascurrieron cada uno de los días que estas personas pasaron en California realizando los trámites preceptivos para poder tener hijos a través de la maternidad subrogada, en compañía y dirección de la empresa “VDA Fertility Consulting”, sita en Barcelona, que actúa como agencia especializada a estos efectos. Dentro de dichos trámites, se encuentran, en primer lugar, los exámenes y chequeos médicos a los que se someten las futuras madres en una clínica estadounidense; a propósito de esta visita, entrevistan a un Médico con vasta experiencia en la materia, quien indica que resulta preceptiva la existencia de un

problema de infertilidad grave que impida a estas mujeres gestar a un niño en sus vientres, no residiendo la gestación subrogada en una simple y llana voluntad caprichosa de los futuros padres. Además de esto, el Médico expone que las madres subrogadas no prestan su cuerpo exclusivamente por dinero, sino porque se sienten complacidas de poder ayudar a otras personas.

En segundo lugar, se expone cómo es el proceso legal en relación a los seguros médicos que deben tener todos los intervinientes en el 'contrato', tanto la madre subrogada y el niño, como los futuros padres y la necesidad de que todos los intervinientes ostenten un abogado propio.

En tercer lugar, se describe la fase de elección del material genético masculino en el banco de esperma, en caso de que sea necesario, precisando que es posible saber las características físicas del donante, sus estudios, hábitos, intereses y fotos hasta los 12 años, en función de las cuales puede hacerse la elección del donante.

En cuarto lugar, viene la fase de elección de las madres subrogadas en las agencias especializadas; dichas madres oscilan entre 21 y 38 años, con un sistema reproductivo completamente sano y debiendo haber dado a luz al menos una vez, otorgándosele a todas las partes la posibilidad de negarse a contratar con una determinada candidata, ya sea la futura madre o la subrogada, debido a que debe entablarse una estrecha relación entre ambas partes; la elección puede realizarse por internet o en persona, aunque generalmente prevalecerá la primera, y lógicamente se tiene acceso al perfil psicológico de la candidata, sus antecedentes penales, los hábitos de vida y de nutrición, previéndose al final una entrevista. Cuando se ha celebrado el contrato, y casi al final del embarazo, los futuros padres deben viajar a Estados Unidos nuevamente, con motivo de asistir a una audiencia judicial que resuelva la renuncia al bebe por parte de la madre subrogada, estipulando que el niño pertenece a quienes la han contratado.

Por último, se hace una referencia al gran coste económico que supone todo este proceso, debiendo invertir alrededor de unos 120.000 euros, cuestión que da pie a las Asociaciones como "Por la Gestación Subrogada" a esgrimir argumentos que critican la discriminación existente entre las personas que pueden acceder a este medio, que son solo aquellas que tengan importantes recursos económicos.

Además de todo esto, en el reportaje también se relata la historia de una pareja homosexual, fundadores de la Asociación "Son nuestros hijos", que lograron tener unas mellizas en Estados Unidos a través de la gestación por subrogación, así como la historia de una pareja que encontró a una madre gestante en India y, hasta la fecha, no ha obtenido la nacionalidad española.

Para más información, puede consultarse el reportaje íntegro a través de este enlace: <http://www.juntadeandalucia.es/observatoriodelainfancia/oia/esp/download.aspx?id=295934&tipo=noticia>

2.- En los siguientes enlaces, podemos conocer la historia de una pareja homosexual que viaja a Chicago, en Estados Unidos para tener un hijo a través de maternidad subrogada; tanto en el blog de la pareja, llamado “Creando nuestra familia” como en el reportaje realizado sobre ellos en el diario “La Vanguardia”, el pasado 28 de abril, explican todo el proceso por el que tuvieron que pasar, haciéndolo parecer muy sencillo, habiendo sido reconocida la filiación de su hijo ante las autoridades españolas:

<http://www.lavanguardia.com/vida/20130428/54371576708/prolifera-empresas-ventre-alquiler-espana.html>

<http://creandonuestrafamilia.blogspot.com.es/>

3.- Resulta pertinente continuar con un reportaje realizado por el diario “El Mundo” el pasado 17 de noviembre, en relación a un importante centro de madres subrogadas en India (acoge a unas sesenta), que además de describir cómo es el proceso en dicho país, hacen recalcar el hecho de que, a pesar de ser uno de los sitios en que más baratos resultan los trámites, muy pocas parejas españolas acuden actualmente a India con esta finalidad, debido a la última resolución del Ministerio del Interior de dicho país, que exige un certificado relativo a la legalidad de la práctica en el Estado al que se llevarán al niño nacido a través de gestación por sustitución, a propósito de proporcionar un visado.

En este reportaje se trae mucho a colación la repercusión económica que supone para las mujeres prestar su cuerpo para gestar el embrión formado con material reproductivo de otras personas. Se dice, pues, que ganan alrededor de 6500 euros (frente al salario normal de 50 euros al mes), lo cual les permite, poco a poco, sacar adelante a sus familias. Lo interesante pues, de este reportaje, es el enfoque que hace sobre las madres subrogadas, más que al proceso en sí, describiendo cómo entre ellas se forja una sólida amistad y como algunas olvidan, y otras no, a los niños que dieron a luz y fueron trasladados al país de los padres contratantes.

Por lo demás, se comenta la opinión de otros sectores, quienes consideran la explotación de esta práctica como un negocio puramente lucrativo, en un país con profundas desigualdades sociales, siendo un mero ejemplo de oportunidad o salida a aquellas mujeres sin recursos pero que, a la larga, no les aporta nada al desarrollo y formación de sus personalidades.

<http://www.elmundo.es/cronica/2013/11/17/528660b00ab74029508b4577?.html>

4.- En la siguiente noticia del diario “ABC” se cuenta que en la Feria Valenciana se acogió el pasado octubre a InviTRA, la primera Feria de Reproducción Asistida, en la que estuvieron presentes cinco empresas que ofrecen los vulgarmente llamados ‘vientres de alquiler’. Dicha Feria fue organizada por las personas que regentan la web “reproduccionasistida.org”, que ofrece información sobre tratamientos y apoyo

psicológico a las personas que se encuentran inmersas en estos procesos. En concreto, se hace referencia a la labor de las Agencias que promueven la maternidad subrogada en España y los servicios que podían encontrar los asistentes a la Feria.

<http://www.abc.es/local-comunidad-valenciana/20131018/abci-vientres-alquiler-201310181147.html>

5.- Queremos destacar también un reportaje realizado por la plataforma “Galehi”, de familias Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales, hace ya dos años, en el cual circunscriben, en gran medida, el problema de la gestación por subrogación a los nuevos modelos de familias, debido principalmente a las dificultades que atraviesan las familias monoparentales al momento de constituir una adopción en el extranjero. Indican, pues, que las familias constituidas por homosexuales han sacado a flote una realidad que ha estado presente en España, aunque en silencio, alrededor de 20 años.

El enfoque distinto que hacen de la situación lo fundamentan en la historia de tres familias que han logrado tener hijos mediante esta técnica, tras largos e intensos procesos fallidos de adopción, haciendo especial hincapié en los problemas para el reconocimiento, ya no solo por existir un enjambre legal muy complicado, sino también por el hecho de ser homosexuales. Asimismo, en el reportaje rebaten algunos comentarios que enfocan la subrogación como “una moda que los gays con dinero pueden permitirse”, porque en realidad para ellos supone ver hecho realidad su sueño de ser padres y formar una familia con la pareja que quieran. Además de esto, hacen resaltar el debate que surge con los sectores feministas, que ven la maternidad como algo sagrado, y el hecho de celebrar contratos en los que se compromete el cuerpo de una mujer para dichos colectivos resulta algo deplorable, que abre la puerta a un mercantilismo puro y duro.

<http://www.galehi.org/2011/05/reportaje-vientres-de-alquiler-domingo.html>

6.- La siguiente noticia publicada en el diario “El País” el pasado agosto cuenta como una pareja asturiana que fue a buscar a sus mellizos nacidos a través de gestación por sustitución tuvieron que quedarse en India mayor tiempo del previsto, puesto que durante su estancia fue aprobada la nueva normativa que requiere, para la expedición de visados, que el Estado donde va a ser trasladado el niño permita la maternidad subrogada, cuestión que no pueden acreditar los cónsules españoles al estar esta práctica prohibida en España. Además de esto, es palpable en la noticia la falta de cooperación del gobierno español y, en concreto, del Ministerio de Asuntos Exteriores ante este vacío legal, lo cual dificulta la situación de la pareja y engrosa la lista de gastos a desembolsar.

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/08/26/actualidad/1377541171_287106.html

Esta noticia tuvo mucha repercusión mediática, tanto que fue objeto de discusión en tertulias de televisión, para una prueba: http://www.antena3.com/noticias/mundo/retenida-india-sus-mellizos-vientre-alquiler-cambio-legislacion_2013082700099.html

También podemos encontrar la misma noticia, en esta ocasión contando un poco sobre la historia previa a la imposibilidad de salir de India, en el siguiente enlace:

<http://www.elcomercio.es/v/20130828/asturias/vientre-alquiler-indio-vacio-20130828.html>

7.- En la siguiente noticia publicada en “El País” en marzo de este año, se explica someramente el procedimiento de exequatur que instó una mujer para otorgar efectos ejecutivos en España a una sentencia estadounidense que la reconocía como madre de un niño habido a través de gestación por sustitución:

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/31/actualidad/1364732233_808362.html

8.- En esta noticia se cuenta la historia de una pareja española que, tras haber tenido una niña a través de una madre subrogada en India, no pudieron inscribirla como española ante el Consulado español en dicho país, “por falta de documentos requeridos”, por lo que no le permitían salir, hasta que finalmente el Consulado Argentino en Nueva Delhi, país del que es originaria la madre, le otorgó la nacionalidad y finalmente pudo obtener un visado sudamericano para venir a España. Este caso también aparece en el primer reportaje relacionado *supra*.

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/06/actualidad/1341598370_133479.html

9.- Resulta curioso destacar este artículo de la Agencia VDA Fertility Consulting, sita en Barcelona y que hemos nombrado anteriormente, en el cual se recomienda no empezar procesos de gestación por subrogación en Rusia, ya que no interviene ninguna autoridad judicial en dicho país, lo que complica, como ya sabemos, la inscripción de la filiación en España de niños nacidos mediante esta técnica.

<http://www.vientredealquiler.com/index.php/es/noticias>

10.- La siguiente noticia hace referencia a la Iniciativa Legislativa Popular instada por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, y que ya hemos mencionado en este epígrafe. Dicha iniciativa tiene el objeto de lograr la legalización y regulación de esta técnica en España

http://www.que.es/ultimas-noticias/sociedad/201312040800-vientres-alquiler-espana-asociacion-pide.html?anker_1

11.- Traemos también un reportaje elaborado por “La Vanguardia” del pasado septiembre, en el que se analiza la temática desde un punto de vista muy diferente: el

de las madres subrogadas. En esta oportunidad nos vamos a Kiev, Ucrania, donde la gestación por sustitución es legal desde el 2004, con el objetivo de aumentar la natalidad en dicho país y paliar los graves problemas de infertilidad que atraviesa su población; se cuenta la historia pues, de dos mujeres que han ‘prestado’ su útero en más de dos ocasiones, y cómo la retribución que reciben a partir de dicha práctica se ha convertido en su mayor sustento de vida (recibiendo entre 10.000-20.000 euros, teniendo como referencia el salario base que es de 250 euros). Lo más relevante que podemos extraer del testimonio de estas mujeres es que, a pesar de ser una técnica de reproducción asistida que no está prohibida, existe un amplio rechazo social hacia ellas, teniendo que permanecer bajo el anonimato, mudarse a otra ciudad cuando están en período de gestación o incluso soportar comentarios del tipo “*¿Cómo puedes vender a tus hijos?*”.

Además de contar la historia de estas mujeres, el reportaje tiene su enfoque en demostrar cómo esta práctica se ha convertido en una actividad puramente mercantilista, hablando de un “*Mercado en efervescencia*”, por existir en la actualidad hasta veinte clínicas especializadas en reproducción asistida que ofrecen servicios de transferencia de embriones, aplicando ofertas especiales de tipo “*todos los gastos incluidos*”, así como las agencias que ponen en contacto a los padres con las madres subrogadas; pero, a pesar de estos comentarios, lo cierto es que el hecho de existir agencias y hospitales especializados, no distancia mucho del sistema estadounidense en el que, en Estados donde está permitida, la técnica es ampliamente aceptada y/o tolerada por la sociedad.

También se nos habla de la legislación ucraniana que, al ser una noticia, no podemos darle un cien por ciento de fiabilidad a la exactitud de sus datos, pero si podemos recalcar que, en Ucrania, se exige que las mujeres tengan entre 20 y 35 años y que, antes de poder gestar el embrión de una pareja heterosexual (porque la homoparentalidad no está permitida), tengan un hijo propio, para “*evitar la tentación de quedarse con el niño*”, así como también cuenten con el consentimiento de sus maridos en caso de estar casadas.

En cuanto a la relación con España se alega que, supuestamente, Ucrania es uno de los países europeos con mayores facilidades, porque es accesible económicamente (entre 40.000-60.000 euros) no es necesaria una sentencia judicial y no hay que realizar trámites de adopción, lo que ha hecho muy complicado, por lo que nos toca, que parejas españolas puedan conseguir la inscripción en el Registro Civil (a falta de sentencia judicial), encontrando la única salida en que los consulados hagan una transcripción del Registro Local al Registro Consular (en Ucrania se inscribe la filiación de un recién nacido directamente en favor de los padres biológicos, los portadores del material genético con el que se forma el embrión). Por lo demás, señalan que las agencias no tienden a trabajar con parejas españolas, para evitar

problemas al momento de registrar a los niños y que puedan exigírseles algún tipo de responsabilidad ulterior.

<http://www.lavanguardia.com/magazine/20130920/54382267318/vientres-low-cost-reportajes-magazine.html>

12.- Lo relevante del siguiente artículo del “20 minutos” es que, a pesar de hacer una recopilación de algunos casos que ya hemos traído a colación aquí, también nos habla de cómo era la situación antes del 2008 en España para inscribir a niños nacidos a través de la maternidad subrogada. En dicho momento, se les inscribía en los consulados españoles acreditados en el extranjero como hijos de parejas heterosexuales que habían fingido un embarazo y parto y, como no se pedía documentación adicional, tampoco se intentaba dar constancia sobre las circunstancias del alumbramiento; en otras ocasiones, se trataba de parejas homosexuales que los inscribían como hijos de uno de ellos y de la madre gestante; existían otros casos minoritarios, en los que se traía al menor con pasaporte de otro Estado y pasaría a estar en situación irregular dentro del territorio español. Después del 2008, se abrió paso a la constatación de un fenómeno que, aparte de visible, tenía un auge exponencial; pues bien, hay que destacar el caso de un matrimonio homosexual que quiso inscribir a sus mellizos como propios en el consulado de los Ángeles, se les denegó y posteriormente recurrieron a la DGRN, que resolvió a su favor, encontrándonos posteriormente con todas las instancias judiciales (*véase Epígrafe III*), llegando el caso hasta el Tribunal Supremo, que todavía está hoy sin resolver, planteándose además el paralelismo con la resolución de la DGRN de 5 de octubre del 2010

<http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/ventre-de-alquiler/registro-civil/bebes/>

13.- Ya hemos hecho referencia *supra* a la siguiente noticia, pero aquí podemos encontrarla de manera más detallada. Se trataba de la madre soltera que trató de conseguir la inscripción en el Registro Civil de sus gemelos nacidos a través de la maternidad por subrogación, mediante el procedimiento de exequatur, tras haber recurrido en primera vía al Juez del Registro Civil, de la sentencia estadounidense que le otorgaba la filiación de sus hijos. La sentencia finalmente pudo ser homologada con fuerza ejecutiva, gracias a la concesión del exequatur por el Juez de Primera Instancia, basándose en que a pesar de que en la resolución estadounidense aparezcan como padres biológicos los de la pareja gestante, lo cierto es que hace referencia al interés superior del menor, debiendo verificar que no se trata de un supuesto de tráfico

internacional de menores y que no se le prive a éste de conocer su origen biológico. Alega pues, el Juez, que en el presente caso el derecho del menor no ha sido vulnerado porque en la sentencia estadounidense aparecen como padres biológicos los mencionados. También se fundamenta en el cumplimiento de los requisitos de exequátur en estos casos, entre los que se encuentra la firmeza de la resolución del tribunal extranjero y que el consentimiento de la madre gestante se obtuvo de forma libre y voluntaria.

<http://www.20minutos.es/noticia/1773103/0/registro-civil/madre-alquiler/sentencia/>

14.- Encontramos aquí una noticia de hace aproximadamente un año, en la que se informa sobre el reconocimiento de la prestación por maternidad de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por ser el progenitor de un niña concebida en un vientre de alquiler, tras un previo procedimiento ante la Tesorería General de la Seguridad Social. Para fundamentar su decisión, el Tribunal Superior de Justicia acude a los resquicios presentes en la legislación de la Seguridad Social en esta materia, según la cual también se prevén prestaciones de maternidad sin parto, para casos de acogimiento y adopción, por lo que, a estos efectos y en presencia de un vacío legal, se debe asimilar la técnica de gestación subrogada a una situación de acogimiento/adopción porque, incluso, constan en el registro como padres de la, en este caso, niña.

Esta resolución, sin duda, ha marcado un precedente y permitirá el reconocimiento de esta prestación a más familias, sobretodo, monoparentales, que son las que les plantean mayores dificultades.

<http://www.20minutos.es/noticia/1679390/0/prestacion-maternidad/sentencia/pareja-homosexual/>

15.- Ya para terminar, no podía faltar traer a colación una noticia sobre la opinión de la Conferencia Episcopal, la cual objeta contra la Iniciativa Legislativa Popular que hemos hecho referencias *supra*, a través de sus portavoces, alegando que *“las personas no son cosas que se producen”*, y que esta técnica supone una *“fragmentación de la maternidad”*. En sus propias palabras opinan que *“producir seres humanos es injusto porque los seres humanos no son objeto de producción, no son cosas que se producen ni reses que se reproducen, sino personas que se convocan a la existencia en el ámbito de la unión personal del padre y de la madre”*.

<http://www.hoy.es/v/20130219/sociedad/obispos-cargan-contra-iniciativa-20130219.html>

Respuestas jurídicas a la sustracción internacional de menores

Coordinado por Linda Guerra Henríquez

© Seminario realizado por

I. Concepto y contexto de la sustracción internacional de menores

María Martín Materos / María Mirat Navarro / Lara López González / Julia Herrera Yagüe / Marta Hernández Pérez

II. Instrumentos legales para combatir la sustracción internacional de menores

Alba López Cid / Germán Gómez Marques / Rubén Gudino González / Cristina Iglesias Perianes / Aitana González García / Marta Gómez Martín / Leticia Martín Carbellido / Pablo López Sánchez

III. Mediación y sustracción internacional de menores: Guía de buenas prácticas - Conferencia de La Haya

Pedro Adrián Gómez Pedraza / Pamela Gómez-Taboada Márquez / Raquel Martín Diéguez / Jorge Mateos Maldonado / Diego Hernández Gil

IV. Jurisprudencia y sustracción internacional de menores

Alfredo Hernández Hernández / Victor Julián Pascual / Alicia Iglesias Barroso / Marta Montero Parra / Paula González Álvarez / Javier López Zurdo / Javier Medina Molinero / Linda Guerra Henríquez

V. Prensa y sustracción internacional de menores

Marco Manzano / Natalia García-Tenorio Lavín / Ángel Jiménez Díez / Miguel Ángel Iglesias Bueno / Diego González Manso

I. Concepto y contexto de la sustracción internacional de menores

©María Martín Materos/María Mirat Navarro/Lara López González/Julia Herrera
Yagüe/Marta Hernández Pérez

Los intereses del menor tienen una especial importancia en todo lo relativo a la custodia, para protegerle de los efectos perjudiciales que puede causarle un traslado o una retención ilícita. En el plano internacional, se han ido elaborando numerosos textos relativos a la sustracción internacional de menores (secuestro internacional de menores), para poder garantizar tanto la reposición del menor en el Estado donde tenga su residencia habitual como la protección del derecho de visita.

La sustracción internacional de menores es un problema social cada vez más frecuente desde los años sesenta. El fenómeno usual de la sustracción se produce cuando el progenitor que tiene el derecho de visita se lleva al menor durante ese tiempo. No obstante, hoy en día, la mayoría de los progenitores que secuestran al menor son madres que tienen el derecho de custodia pero que trasladan al menor a otro país para alejarlos de la violencia y de los abusos del padre maltratador que tiene el derecho de visita.

En España, el primer caso de sustracción internacional de menores fue resuelto por el TS mediante sentencia de 8 de abril de 1975, fue el caso *Bornes contra Fuentes*.

La multiplicación descontrolada de instrumentos legales internacionales sobre este tema perjudica, en ocasiones, el interés del menor. Existe una gran lucha política entre numerosos organismos internacionales para crear un instrumento internacional de lucha contra la sustracción internacional de menores.

Haciendo un recorrido por la doctrina más asentada, podemos encontrar diferentes definiciones de la “sustracción internacional de menores”. En efecto, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González apoyándose en una sentencia de la SAP Penal Almería 6 julio 2007 sobre el secuestro de un menor desde España a Bélgica, mantienen que la sustracción internacional de menores *es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales*.

Por su parte, François Boulanger mantiene que se entenderá como sustracción internacional de menores, *la voluntad unilateral de uno de los progenitores de buscar una modificación, en provecho propio, de las condiciones de funcionamiento de la autoridad parental por medio de unos procedimientos violentos, tales como el traslado o retención de un menor fuera de las fronteras nacionales*.

Miralles Sangro, define el secuestro internacional de menores como *el desplazamiento de un menor fuera del territorio del Estado en que tenga su residencia*

habitual, o retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento en el lugar de la residencia habitual del menor.

C. Böhmer mantenía que la lucha contra la sustracción internacional de menores es una *lucha contrarreloj*, puesto que los procedimientos legales son muy lentos, y mientras, el menor va creciendo e integrándose en ese país donde ha sido trasladado, suponiendo a veces, que la vuelta a su país de origen conlleve más perjuicios que beneficios.

En la actualidad, el 70% de los sustractores son mujeres mientras que el 29% son hombres, el 1% restante son casos en los que los sustractores son mujeres y hombres juntos, por ejemplo, casos en los que la madre y el padre sustraen al menor de un centro de protección, o casos en los que están implicados los abuelos.

Centrándonos en ese 99% en el que los sustractores son uno de los progenitores, tal y como hemos adelantado más arriba, se dan diferentes casos:

- El progenitor que tiene asignado el derecho de visita, aprovecha dicha visita para secuestrar al menor y trasladarlo a otro país. En este país donde lo ha trasladado, intenta conseguir el derecho de custodia para “legalizar” el secuestro. Este primer caso, es conocido por los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González como *legal kidnapping*.
- El progenitor que tiene asignada la guardia del menor le traslada a otro país, evitando que el otro progenitor puede ejercer su derecho de visita.
- Los progenitores que tienen atribuida la custodia compartida, uno de ellos traslada al menor a otro país, impidiendo así que el otro progenitor pueda ejercer su derecho de custodia.
- El progenitor que tiene el derecho de custodia pero que se traslada con el menor a otro país para evitar que el otro progenitor disfrute del derecho de visita. Por ejemplo, el caso que hemos dicho antes de la madre que ostenta la custodia pero se traslada a otro país con el menor para alejarlo del padre maltratador.

Por tanto, la sustracción internacional de menores se produce cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país diferente de donde tiene su residencia habitual, violando el derecho de custodia o impidiendo a un progenitor ejercer su derecho de visita.

1. CONCEPTO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

Podemos hablar, de diferentes mecanismos internacionales de los que España forma parte, que abordan la lucha contra la sustracción internacional de menores, entre ellos:

- REGLAMENTO (CE) No 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000.
- Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya. Instrumento de Ratificación de 28 de mayo de 1987.
- Convenio Europeo Relativo Al Reconocimiento y La Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de la Custodia (Número 105 del Consejo de Europa), hecho en Luxemburgo el 20 de Mayo de 1980.

Los diferentes conceptos que aparecen en los preceptos de los anteriores cuerpos legales ordenados cronológicamente son:

El art. 1. d del Convenio de Luxemburgo de 1980 del 20 de Mayo.

“«Traslado ilícito»: El traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado, se considerará asimismo como traslado ilícito”.

El art. 3 del Convenio de la Haya de 1980, del 25 de octubre.

“El traslado o la retención de un menor se consideraran ilícitos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*
- b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”.

El art. 2.11 del Reglamento 2201/2003.

“Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando:

- a) *se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y*
- b) *este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”.*

Se puede comprobar que se van incorporando diferentes matices para ir concretando con mayor exactitud el concepto de traslado o retención ilícita. Vamos a ir desarrollando y comparando las diferentes definiciones que nos proporcionan estos textos.

Convenio de Luxemburgo de 1980.

En su articulado se nos da un concepto más escueto y esquemático, aportando básicamente lo que es la base para entender el concepto, por un lado se señala que tiene que ser un menor, que se le traslada a través de las fronteras y que se vulnera el derecho de custodia de uno de sus progenitores, por tanto, si se cumplen estos requisitos estamos ante un traslado ilícito.

Además hay que tener en cuenta que en el Convenio de Luxemburgo solo se hace referencia al traslado ilícito, no a la retención ilícita, al contrario que los siguientes textos legales reguladores de dicha materia.

El art. 1.a de este Convenio define que se debe entender por menor, se entenderá por «menor»: *Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido”.*

Es decir, no nos importa la nacionalidad del menor, solo que sea menor de 16 años y que no pueda fijar su residencia por sí mismo legalmente.

Convenio de la Haya de 1980.

El Convenio de la Haya nos da una definición más extensiva, incorporando elementos más definitorios y exhaustivos. Nos gustaría destacar que aquí ya no se menciona el traslado del menor por las fronteras, sino que entendemos ya que es el traslado de un Estado a otro, este se centra más en la violación del derecho de custodia *“atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”*

Se nos dice a qué sujetos se puede atribuir la custodia, (persona, institución...) y que la atribución sea conforme a las normas del Estado donde residía el menor antes de su traslado.

Además se señala que este derecho de custodia se ejercía efectivamente o se habría ejercido de no haber sido por el traslado ilícito del menor, y que se ejercía de manera *“separada o conjuntamente”*.

Estos son los requisitos que se exponen y se requieren para que se cumpla el traslado o la retención ilícita de un menor.

Reglamento 2201/2003.

El concepto que nos proporciona el Reglamento 2201/2003, un texto legal 15 años posterior a los que hemos estado analizando, incorpora también diferentes matices al concepto ya expuesto.

En este caso se nos dice cómo se atribuye el derecho de custodia *“adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”*.

Es decir, en el precepto anterior del Convenio de la Haya se nos decía a quien se podía entregar la custodia del menor, y en este caso se nos dice a través de qué mecanismo se concede dicha custodia.

En el segundo apartado del art 11 del Reglamento 2201/2003, se encuentra el concepto de retención o traslado ilícito, se nos menciona el mismo requisito que se señala en el Convenio de la Haya, que dicha custodia se ejercerá de manera conjunta o separada, de forma efectiva. Pero a diferencia del caso anterior, aquí se nos proporciona una definición de lo que debemos entender por *“conjuntamente”*, nos dice, *Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”*.

Es decir, en estos textos, se han ido incorporando o eliminando preceptos a la definición de *“traslado o retención ilícita”*, pero la base fundamental de dicho concepto, como hemos señalado antes, es el traslado de un menor de 16 años, no pudiendo elegir su residencia habitual conforme a las leyes del estado en el que reside, infringiendo el derecho de custodia del menor en el momento del traslado ilícito, siendo un derecho efectivo. Además se nos señala a quien y como se concede dicha custodia.

2. CONVENIOS BILATERALES.

España ha firmado con Marruecos un convenio bilateral sobre esta materia, es el Convenio de 30 de Mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y

ejecución de resoluciones en materia de derecho y de custodia y de derecho de visita y de devolución de menores.

En sus artículos 7 y 8.1 define el concepto de desplazamiento ilegal, en los cuales queda reflejado lo abordado anteriormente.

Artículo 7. 1. El desplazamiento de un menor, del territorio del Estado requirente hacia el territorio del Estado requerido, se considerará ilegal y la Autoridad judicial ordenará, por consiguiente, su devolución inmediata cuando:

a) El desplazamiento hubiere tenido lugar haciendo caso omiso de una resolución judicial dictada en juicio contradictorio y de carácter ejecutivo en territorio del Estado requirente, y que en el momento de la presentación de la solicitud de devolución del menor: Este tuviera su residencia habitual en territorio de dicho Estado. El menor y sus padres, en el momento del desplazamiento, tuvieran, únicamente, la nacionalidad del Estado requirente.

b) Se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre, por el derecho del Estado del que fuera nacional.

c) El desplazamiento infrinja un acuerdo concertado entre las partes implicadas, refrendado por una Autoridad judicial de uno de los dos Estados contratantes.

Artículo 8. 1. Cuando la solicitud de devolución, una vez ocurrido el desplazamiento ilegal del menor, sea presentada ante las Autoridades centrales de uno de los Estados contratantes, antes de haber transcurrido un plazo de seis meses, la Autoridad judicial competente deberá ordenar su devolución inmediata.

3. NORMATIVA INTERNA.

Respecto a la normativa nacional, podemos ver diferentes artículos de distintos textos legales que abordan la sustracción internacional de menores.

- Arts. 103 y 158 CC.
- Arts. 1901 a 1909 LEC de 1881.
- Ley Orgánica 9/2002 que modifica el Código Penal por el que se introduce el art. 225 bis del CP, se añade un párrafo al art. 224 CP también relacionado con la sustracción y modifica el art. 622 CP relativo a la falta.

De todos estos artículos, el que nos da un concepto es el art. 225 bis CP que tipifica como delito el traslado de un menor de su domicilio sin consentimiento del progenitor con quien conviva de forma habitual.

4. CAUSAS QUE PROVOCAN ESTE FENÓMENO.

Hay diversas causas que pueden provocar este fenómeno:

- Las personas se desplazan a países más desarrollados en busca de trabajo, estos movimientos migratorios provocan una mezcla entre culturas y nacionalidades, con la aparición por tanto, de matrimonios mixtos.
- El desarrollo de los medios de transporte y los grandes avances tecnológicos han hecho que cada vez haya más matrimonios mixtos y en el caso de ruptura, el fácil y rápido traslado de un menor a otro país.
- La separación o el divorcio entre personas de diferente nacionalidad suele conllevar la vuelta de la persona extranjera a su país de origen. Estos matrimonios mixtos, son considerados por Calvo Caravaca y Carrascosa González como matrimonios de “*alto riesgo*” ya que, la ruptura de estos matrimonios con diferente nacionalidad, y a veces, diferente cultura, conlleva a una mayor probabilidad de que se produzca un traslado ilícito del menor.
- El secuestro internacional se enmarca en una problemática general referida a las separaciones y los divorcios que se están produciendo cada vez con más frecuencia en las sociedades occidentales y llevan consigo, los incumplimientos de las resoluciones judiciales dictadas por los Juzgados de Familia en materia de guarda y custodia de los hijos.
- El progenitor que tiene atribuido el derecho de visita con frecuencia suele trasladar consigo al hijo y alejarlo de quien tiene el derecho de custodia.
- Es común que los tribunales de un Estado suelen asignar la custodia del menor al progenitor que tiene la nacionalidad de ese Estado, el llamado *nacionalismo judicial*. Por ejemplo, es difícil convencer a un juez español que un menor que ha nacido, crecido y vivido en España va a estar mejor con su otro progenitor de nacionalidad noruega, cuyo país sólo ha visitado varias veces. O por ejemplo, una madre de nacionalidad francesa que traslada a su hijo a Francia de un país donde las condiciones sociales y culturales no están tan desarrolladas, será muy difícil convencer al juez francés de que dicho traslado ilegal perjudica el interés del menor y que el menor va a estar mejor en ese otro país.
- La existencia en Europa de un espacio sin fronteras (espacio Schengen) hace que sea muy fácil para el secuestrador trasladar al menor a un país diferente y lejos del de su residencia habitual, ya que no es necesario presentar ninguna documentación para trasladarse de un país a otro.
- Fuera de Europa, la existencia del pasaporte familiar o el documento de identificación personal hace que el menor pueda ser trasladado fácilmente ya que existe un rápido paso por las fronteras.

BIBLIOGRAFÍA.

GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 19 – 31.

CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, (vols. II), Granada, Ed. Comares, 2013, p. 449 – 451.

BOULANGER, F., *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, Editorial Económica, France, p. 278.

MIRALLES SANGRO, P.P., “El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de la Haya de 1980”, *Ministerio de Asuntos Sociales*, Madrid, 1989, p. 18 – 21.

ALONSO CARBAJAL, A., CHAMORRO ALONSO, N. “El secuestro interparental de menores en los matrimonios mixtos”, *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 7 2001, p. 24 – 33.

GONZALEZ MADRID, C., “Los trabajos del Defensor del Menor”, *I Congreso jurídico internacional sobre traslado ilícito de menores*, Zaragoza, 2001, p.41 – 42.

ARIAS GÓMEZ, M., “El retorno del niño sustraído a su residencia habitual: objetivo de la convención interamericana sobre restitución internacional de menores”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Marzo 2013.

CASTILLO & CASTILLO ABODADOS SC, *Sustracción internacional de menores*, Castillo & Castillo Abogados S.C. 2011, México.

GONZALEZ VICENTE, P, “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista jurídica de Castilla y León*, 2007, p. 71 – 83.

DIAGO DIAGO, M, P, “Secuestro internacional de menores: marco jurídico”, *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, 2004, p. 20 – 23.

II. Instrumentos legales para combatir la sustracción internacional de menores

© Alba López Cid/Germán Gómez Marques/Ruben Gudino González/Cristina Iglesias Perianes/Aitana González García/Marta Gómez Martín/Leticia Martín Carbellido/Pablo López Sánchez

CONVENIO DE LUXEMBURGO DE 20 DE MAYO 1980.

1. Aspectos Generales:

El “*Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia de*

Luxemburgo de 20 mayo 1980”, **entró en vigor** de forma general el 1 de septiembre de 1983¹ y **para España el 1 de septiembre de 1984**². Su objetivo es asegurar que las decisiones sobre la custodia, derecho de visita y residencia del menor hechas en un Estado signatario sean reconocidas por el resto de estados. Intenta por tanto, solucionar las dificultades causadas por los conflictos de custodia entre padres que viven en distintos Estados. Reconoce en su preámbulo que el bienestar del niño es de la máxima importancia al adoptar decisiones sobre custodia.³

Ámbito territorial

Este Convenio es aplicable en el marco del Consejo de Europa, ha sido ratificado por todos los Estados miembros y está abierto a los Estados no europeos no miembros del Consejo de Europa y a los europeos no miembros del Consejo de Europa. *“Este Convenio se aplica, tras el Reglamento 2201/2003, con Islandia, Liechtenstein, Moldavia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza, la República de Macedonia, Turquía, Dinamarca (que aún siendo miembro de la Unión Europea no le es aplicable el R2201/03) y Ucrania”*.⁴

Objeto

El texto constituye un instrumento para solventar los problemas planteados por el “Legal Kidnapping” o secuestro “legal” de menores mediante la utilización la vía clásica del “exequátur” de las decisiones relativas a la custodia de menores a través de un procedimiento simple y rápido⁵. El procedimiento es el siguiente: Una vez producida la violación de una sentencia que atribuye la custodia o el derecho de visita a ciertas personas, mediante el traslado del menor a otro país. Dichos sujetos que poseen la custodia se encuentran legitimados para instar en el país donde el menor se encuentra un procedimiento de “exequátur” de la sentencia que atribuye el régimen de custodia o visita del menor. Una vez obtenido el “exequátur” de dicha solución, será ejecutable en el país donde el menor se halla, de tal manera que las autoridades de dicho país podrán ordenar la devolución del menor al país de donde fue ilícitamente sustraído.⁶

2. Escasa Aplicación.

El Convenio de Luxemburgo resulta de escasa aplicación en nuestro país debido principalmente a dos causas. En primer lugar, porque el “exequátur” es un trámite lento y costoso, por lo que los particulares prefieren ejercitar la “acción directa de retorno del menor” contemplada en el Convenio de la Haya de 25 octubre 1980, dado que no precisa el mecanismo de “exequátur” para lograr la restitución del menor⁷. Por otra parte, este Convenio ha sido sustituido en el ámbito de relaciones de los Estados miembros de la Unión Europea por el Reglamento 2201/2005⁸.

3. Funcionamiento.

El Convenio define en su artículo 1.a por menor a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, menor de 16 años y que no tenga derecho a fijar su residencia según la ley de su residencia habitual, de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido. A su vez, establece que se entiende por “traslado ilícito” es decir, en que supuestos el traslado de un menor a través de una frontera internacional supone la infracción de una sentencia relativa a su custodia (Artículo 1.d): 1) *Cuando se produce “traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en dicho Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado.* 2) *b) Cuando se constata: “el hecho de que un menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el período de ejercicio de un derecho de visita relativa a dicho menor o al término de cualquier otra estancia de carácter temporal en territorio distinto de aquel en el se ejerza la custodia.* 3) *Cuando no existiendo resolución judicial en la fecha en la que el menor es trasladado a otro país, recaiga una resolución ulterior relativa a la custodia de dicho menor y que declara ilícito dicho traslado.*⁹

3.1 Presupuestos de Aplicación. El Convenio de Luxemburgo se aplicará si se verifican sus “presupuestos de aplicación”: 1) El traslado de un país a otro debe de ser de un “menor”, en el sentido del Convenio. 2) El traslado debe ser “ilícito.” 3) El traslado del menor debe haber sido entre Estados parte del Convenio.¹⁰

3.2 Autoridad Central. En virtud del artículo 2 los Estados designarán Autoridades Centrales, *“El interesado podrá dirigirse a la autoridad central de un Estado para que ésta promueva el reconocimiento de la resolución, localice el paradero del menor, asegure la entrega del menor al demandante, etc.”*¹¹ En España dicha autoridad es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

3.3. Autoridad Competente. Respecto a la autoridad competente para librar el exequátur, es decir, la autoridad competente para expedir el reconocimiento, es necesario acudir al régimen interno. En España, los artículos 85.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 955 Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 atribuyen la competencia a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o residencia de la parte frente a la que se solicita el exequátur o del domicilio o residencia del menor. En caso de que el menor no se encuentre en España el “exequátur” es imposible.¹²

3.4. Limitación de las causas de denegación del “exequátur”. El convenio contiene causas tasadas de denegación del “exequátur” de la decisión extranjera¹³. Existen tres casos:

3.4.1 Restitución inmediata del menor: el anti-exequátur (art. 8.2) En estos supuestos la Autoridad Central procederá a localizar al menor, se procederá a la inmediata sustitución del menor, y no cabrá alegar motivo de denegación del “exequátur” alguno. Son los siguientes supuestos:

3.4.1.2. La internacionalización ficticia de un supuesto interno

“Cuando tanto los padres como el hijo tienen la nacionalidad del Estado de origen de la decisión, el menor tenía su residencia habitual en dicho Estado y la solicitud de retorno se presenta dentro de los seis meses siguientes al secuestro, se procederá a la restitución inmediata del menor”¹⁴

3.4.1.3. Respeto de los acuerdos inter partes y de las decisiones judiciales sobre derecho de visita.

Se han de dar cumulativamente dos requisitos: 1) Que el menor sea trasladado a otro país en virtud de un derecho de visita violando un “acuerdo homologado” por autoridad competente entre la persona que ostenta el derecho de custodia y la que ostenta el derecho de visita. Y que en un plazo de seis meses, a partir del desplazamiento ilícito se presente a la Autoridad Central la solicitud de retorno. Además, esta situación se dará también en los casos en los que se infrinja un derecho de custodia establecido en una resolución judicial.¹⁵

3.4.2 Exequátur simplificado (Art. 9.1)

En el caso de que no existiera decisión de autoridad competente o acuerdo homologado por ésta sobre el derecho de visita, pero la solicitud de regreso ha sido presentada dentro de los seis meses posteriores al hecho, es de aplicación el sistema de “exequátur” simplificado en el que sólo podrá ser denegado por¹⁶: 1) “Cuando el escrito por el que se incoo el procedimiento o cualquier documento equivalente no se hubiera notificado al demandado en debida forma y con el tiempo suficiente para poder defenderse.”¹⁷ 2) Falta de Competencia “Si tratándose de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal la competencia de la autoridad que la dictó no estuviera fundada en la residencia habitual del demandado, o en la última residencia habitual común de los padres del menor, siempre y cuando uno de ellos continúe residiendo habitualmente en la misma o en la residencia habitual del menor.”¹⁸ 3) “Si la resolución fuera incompatible con una resolución relativa a la custodia que ya era ejecutoria en el Estado requerido antes del traslado del menor”¹⁹

3.4.3 Exequátur reforzado (Art. 10.1)

“Cuando la solicitud de reconocimiento y exequátur se presente transcurridos más de seis meses de traslado o retorno ilícitos, tal reconocimiento y/o exequátur pueden denegarse por varias causas:”²⁰ 1) Las ya mencionadas de artículo 9.1. 2) “Si los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el Estado requerido”²¹. 3) “Si se comprueba que, con motivo de modificaciones de las circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, pero no el mero cambio de residencia del menor como consecuencia de un traslado efectuado sin derecho, los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente, con el interés del menor”²². 4) “Si en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado de origen

el menor tuviera la nacionalidad del Estado requerido o su residencia habitual en dicho Estado, y no existiera ninguno de dichos vínculos con el Estado de origen o el menor tuviera a la vez la nacionalidad del Estado de origen y la del Estado requerido y su residencia habitual en el Estado requerido”^{23?}. 5) “Si la resolución fuera incompatible con una resolución dictada, en el Estado requerido o en un tercer Estado, pero ejecutoria en el Estado requerido como consecuencia de un procedimiento entablado antes de presentarse la petición de reconocimiento o de ejecución y si la denegación concuerda con el interés del menor.”^{24?}.

CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 SOBRE PROTECCIÓN DE NIÑOS.

Este convenio contribuye a la protección de los menores en el ámbito internacional. Y se aplica a menores de 18 años. Para España entró en vigor el 1 de enero de 2011.

A este se acude para determinar la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de **responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños**.

Aparece regulado el concepto de niño en su art 2, en el que entiende que el menor es aquel que va desde su nacimiento hasta los 18 años. Por lo que no se aplica al nasciturus ni aquellos mayores de 18 años que conforme a su ley nacional sean menores.

La principal regulación del convenio que es aplicable a la sustracción de menores, se encuentra en los art 7 y 12 CH que establece la competencia de los tribunales en caso de niños objeto de un desplazamiento o retención ilícitos, se trata de una regla especial frente a la regla general que se basa en la competencia de los tribunales de la residencia habitual del niño.

Ahora hay que plantearse cuando se considera que un desplazamiento o una retención de un niño es ilícito, para ello atendemos al art 7.2 que establece que nos dice que tal desplazamiento o retención es ilícita cuando:

- Tal retención o desplazamiento sea realizada infringiendo un derecho de guarda cuyo titular sea una persona separada o conjuntamente, una institución o cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención.

En este caso, el derecho de guarda puede ser resultado de una decisión judicial o administrativa, de una atribución de pleno derecho o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho estado.

- cuando este derecho de guarda se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento en el que se produzco la detención o desplazamiento del niño o hubiera sido si no lo se hubieran producido tales acontecimientos.

Mientras las autoridades del estado contratante de la residencia habitual del niño anterior conserven su competencia, las autoridades del estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño.

Estas dos circunstancias se tienen que dar cumulativamente.

Ahora vemos quienes son los tribunales competentes en caso de encontramos en este supuesto, que como hemos dicho anteriormente se trata de una regla especial, encontrada en los art 7 y 12 CH, donde se establecen dos reglas:

- Las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia para adoptar medidas de protección de su persona y bienes.

- Las autoridades señaladas anteriormente pierden su competencia si concurren estas dos circunstancias:

- El niño debe haber adquirido una residencia habitual en otro estado.

- Debe concurrir uno de estos dos requisitos:

- o O toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda ha accedido al desplazamiento o a la retención.

- o El niño reside en este otro estado por un tiempo de al menos un año desde que quien se encargue de su guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se ha integrado en su nuevo medio.

En el art 12 CH se establece una excepción al art 7, que señala que también pueden ser competentes los tribunales del estado donde se encuentre el niño o sus bienes, ahora bien, hay que hacer dos matizaciones:

- Por un lado, se trata de una competencia que tiene carácter provisional y solamente tiene eficacia en ese estado donde se encuentre el niño o sus bienes.

- Y por otro lado, las medidas que adopte este estado en ningún caso podrán ser incompatibles por las adoptadas por el tribunal que sea competente atendiendo al art 7 CH.

A continuación hacemos referencia al Convenio de la Haya de 1980 que también trata sobre la sustracción internacional de menores.

Se aplica a los sujetos menores de 16 años con residencia habitual en un estado contratante en el momento de sustracción ilegal, art 4 CH. Y para que se aplique este el niño tiene que ser trasladado a un estado parte de dicho convenio.

Este lo único que hace es establecer una cooperación internacional de las autoridades y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual.

A lo que a nosotros nos interesa es donde aparece regulada esta medida de protección, la cual aparece regulada en el art 16 CH.

Este artículo nos dice que una vez traslado ilícitamente el menor de un país a otro, las autoridades judiciales o administrativas del país al que ha sido trasladado el menor o donde está este retenido ilícitamente, no pueden decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido según lo dispuesto en el convenio o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del convenio.

Como podemos ver, es una regla negativa dado que impide que un tribunal conozca y decida, temporalmente, sobre el fondo de la cuestión.

Solo podrá entrarse en el mismo si se acuerda no restituir al menor.

REGLAMENTO (CE) 2201/2003 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003.

El Reglamento (CE) 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 regula también el legal kidnapping cuando el menor es trasladado de un Estado miembro en el Reglamento a otros Estado miembro también en el Reglamento. Las normas de este Reglamento entraron relativas al legal kidnapping entraron en vigor el 01 de marzo del 2005. Éste régimen jurídico se aplica cuando se verifica un traslado o retención de un menor que es “ilícito”, en los dos casos contemplados por el art. 2.11 del R.2201/2003.

Se considera que ha habido un “traslado o retención ilícitos de un menor” cuando:

a) Se haya producido una infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos.

b) Cuando el anterior de derecho se ejercía, en el momento de tal traslado o retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría producido de no haberse producido dicho traslado o retención.

En cuanto al concepto de “derecho de custodia” se ha de entender que son los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor, y en especial el derecho de decidir sobre su lugar de residencia.

En lo relativo a la determinación de la persona a la que corresponde el derecho de custodia, el art. 2.11 del R.2201/2003 indica que será concretado con arreglo al Derecho de cada Estado miembro “en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”.

Mecanismos de la lucha contra el legal kidnapping en el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003.

Se recogen 3 mecanismos de lucha contra el legal kidnapping, los cuales son:

- Primer mecanismo: acción de restitución mediante “alteración del Convenio de La Haya de 1980”.

El art. 11 del R.2201/2003 indica que se aplicará el Convenio de La Haya de 1980 pero con las correcciones que indica el mismo art. 11 del R.2201/2003.

Las correcciones aplicadas al texto del CH1980 que incorpora el art.11 del R.2201/2003 son las siguientes:

1- En caso de aplicarse los arts. 12 y 13 CH1980 se velará por que se dé al menor la posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto se considere inconveniente por su grado de inmadurez.

2- El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor, actuará con urgencia dictando, dentro de su posibilidad, sentencia como máximo en seis semanas después de la interposición de demanda.

3- Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de menor basándose en lo dispuesto en el art. 13 b) del CH1980 si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección de un menor tras su restitución.

4- Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de menor sin que se haya dado la posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

5- Si se acuerda la no restitución de acuerdo al art. 13 CH1980, el órgano jurisdiccional o la autoridad central del Estado donde el menor tenía su residencia invitará a las partes a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional para que examine la cuestión de la custodia.

6- El art. 11.8 R.2201/2003 precisa que aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución del menor según el art. 13 CH1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del R.2201/2003 será efectiva a efectos de tal Reglamento.

- Segundo mecanismo: establecimiento de normas de competencia judicial internacional para decidir sobre el derecho de custodia y el derecho de visita.

El R.2201/2003 contiene foros de competencia judicial internacional que precisan los tribunales estatales competentes para decidir sobre el derecho de custodia y visita. Por tanto, un tribunal de un Estado miembro del Reglamento puede ser competente, en virtud del mismo, para decidir sobre la custodia de un menor que haya sido trasladado ilícitamente hasta que el menor haya adquirido una residencia

habitual en otro Estado miembro. El tribunal del Estado miembro de origen puede atribuir a una persona o entidad la custodia de un menor antes de que dicho menor haya sido trasladado ilícitamente a otro Estado miembro o bien incluso después de que el menor haya sido trasladado ilícitamente a otro Estado miembro.

Por lo tanto un tribunal de un Estado miembro puede dictar una resolución que será ejecutada en otro Estado miembro dónde ahora se encuentra el menor.

En cuanto a la condiciones para que el tribunal de un Estado miembro de origen conserve su competencia en el caso de traslado de un menor a otro Estado, se exige a tal efecto lo siguiente:

1- Que el menor no haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro.

2- Que toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o retención o que el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un periodo mínimo de dos años desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumplan alguna de las condiciones siguientes:

a) Que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución a las autoridades competentes.

b) Que se haya desistido de una demanda presentada por el titular del derecho de custodia sin que se haya presentado ninguna nueva demanda dentro del plazo para el inciso.

c) Que se haya archivado una demanda ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

d) Que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

- Tercer mecanismo: normas de validez extraterritorial de decisiones dictadas por tribunales de Estados miembros del Reglamento 2201/2003 sobre restitución de menores y sobre derecho de visita.

Estas normas hacen inaplicable el Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 en las relaciones entre Estados miembros del Reglamento 2201/2003.

a) Validez extraterritorial de decisiones sobre el derecho de visita: el R.2201/2003 incorpora dos grandes novedades.

-Primera gran novedad: adiós al reconocimiento y al exequátur. El art. 41 del R.2201/2003 indica que la resolución judicial efectiva dictada en un Estado miembro sobre el derecho de visita, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva. No requiere ni reconocimiento ni exequátur. Para que proceda la ejecutividad directa en un Estado miembro de la resolución sobre el derecho de visita dictada en otro Estado miembro, deben de concurrir estos requisitos:

a) La resolución debe de gozar de fuerza ejecutiva en el Estado de origen.

b) La resolución debe de haber sido certificada por el juez de origen mediante el formulario ad-hoc contenido en el anexo III del R.2201/2003.

-Segunda gran novedad: el art. 48 del R.2201/2003 permite que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución pueda modificar el fallo procedente de las autoridades judiciales de otro Estado miembro, mediante la adopción de las modalidades prácticas necesarias para organizar el ejercicio del derecho de visita, siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de la resolución.

b) Validez extraterritorial de resoluciones judiciales que acuerdan la restitución de un menor y dictadas por autoridades de un Estado miembro.

En el caso que un menor haya sido ilícitamente trasladado de un Estado miembro a otro, los órganos jurisdiccionales del primer Estado miembro, competentes en virtud de los foros de competencia del R.2201/2003, pueden ordenar la restitución del menor a dicho Estado miembro. Estas resoluciones son reconocidas y gozan de fuerza ejecutiva directa en los demás Estados miembros sin necesidad ni de reconocimiento ni exequátur, pero para ello es preciso lo siguiente:

1º) Que el juez de origen expida un certificado relativo a la restitución del menor. Dicho certificado debe reunir a su vez las siguientes condiciones:

a) Que se haya dado al menor la posibilidad de audiencia habiendo cuenta de su edad o grado de madurez.

b) Que se haya dado a las partes posibilidad de audiencia.

c) Que el órgano jurisdiccional haya tenido en cuenta, a la hora de dictar la resolución, las razones y las pruebas con las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del art. 13 CH1980.

2º) Que la resolución en el caso de que se inste la fuerza ejecutiva de la misma, sea ejecutiva según la Ley del Estado de origen, en los términos del art. 41.1.II del R.2201/2003.

La ejecutividad directa de un Estado miembro de las decisiones que ordenan la restitución de un menor dictadas por autoridades de otro Estado miembro, comporta diversas consecuencias de gran envergadura:

- No existe ningún motivo de denegación de la ejecución de la resolución dictada por los órganos de un Estado miembro y que ordene la restitución del menor, que faculte a los órganos del Estado miembro de destino a rechazar la ejecución de dicha resolución.

- La decisión del Estado miembro donde se halla el menor que cuerda acordar la ejecución de la resolución judicial de restitución dictada en otro Estado miembro no puede ser objeto de recurso alguno.

- El órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido debe limitarse a constatar la fuerza ejecutiva de tal resolución.

- Frente a la resolución judicial efectiva, dictada en un Estado miembro, y que ordene la restitución del menor, y que ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2 del art. 42 del R.3301/2003 sólo cabe activar un procedimiento de rectificación o dudas en cuanto a su autenticidad que debe llevarse a cabo en el Estado de origen.

RELACIONES ENTRE LOS DISTINTOS INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES.

La existencia de diferentes instrumentos legales genera problemas a la hora de determinar qué ley es aplicable a cada situación, por ello debemos hacer referencia a algunas de estas soluciones:

Primacía del Reglamento 2201/2003: dicho reglamento va a prevalecer en su ámbito de aplicación material frente al Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980 y al Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. (Para todos los países de la UE excepto Dinamarca)

Complementariedad entre Convenios: cuando el Reglamento 2201/2003 no pueda aplicarse, se deberá tener en cuenta los convenios anteriormente citados y se aplicará aquel que sea más favorable para cada determinada situación. De hecho, podrá ser la parte interesada o el juez, quienes decidan qué convenio se va a utilizar por ser el más favorable o incluso, se podrán aplicar ambos convenios de manera simultánea.

Inexistencia de un Convenio mundial sobre Legal Kidnapping. Convenios bilaterales: actualmente no hay un convenio de carácter mundial sobre Kidnapping, que resuelva conflictos sobre dicha materia entre los Estados Islámicos y los Occidentales. La Convención de las Naciones Unidas de 1989 de los derechos del niño menciona algunos aspectos sobre dichas cuestiones, aunque no son del todo efectivas; por ello, varios países como es el caso de España o Francia han concluido tratados con países Islámicos pretendiendo así solventar los conflictos surgidos con la sustracción de menores. Por ejemplo, España firmó con Marruecos el Convenio de 20 de Mayo de 1997, buscando la solución de dichos problemas; siendo así sus principales objetivos:

- La acción de retorno del menor
- Localización del menor por las Autoridades Centrales
- Evitar peligros para el menor
- Proporcionar información del menor
- Proteger derechos de visita
- Potenciar el reconocimiento y exequátur de resoluciones judiciales

CONVENIO HISPANO - MARROQUÍ 30 DE MAYO DE 1997

1. INTRODUCCIÓN.

Debido a la proximidad de los territorios del Reino de España y el Reino de Marruecos; la cooperación entre ambos países se ha tornado a lo largo de la historia imprescindible. Las relaciones personales entre nacionales de ambos territorios han provocado el desarrollo de acuerdos para regularlas.

El importante fenómeno de inmigración de nacionales marroquíes ha sido determinante, en su gran mayoría las personas que emigraban de Marruecos eran hombres. Por ello las relaciones personales y afectivas, en su gran mayoría, son entre mujeres de nacionalidad española y hombres de nacionalidad marroquí.

Por todos los factores citados, tanto España como Marruecos han querido reforzar y asegurar su cooperación con la finalidad de asegurar - como expresa literalmente el convenio- una mejor protección de los menores.

2. OBJETO

El objeto de dicho convenio se encuentra en su Artículo 1º:

a) Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes.

Se echa en falta en este primer objeto - según el artículo sobre el Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita de M^a del Mar Velázquez Sanchez - la referencia al respeto del derecho de custodia establecido en cualquiera de los Estados contratantes como sí aparece en otros convenios.

b) Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los Estados contratantes en el territorio del otro Estado.

c) Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados.

3. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

1. Ámbito personal

El ámbito personal de aplicabilidad de este convenio lo encontramos en su Artículo 2º . Por el que dicho convenio se aplicará a todo menor (de dieciséis años) que no esté emancipado y que tenga la nacionalidad bien española o bien marroquí. Se tiene en cuenta por lo tanto la edad del menor, la filiación de éste y su nacionalidad.

2. Ámbito material

No lo encontramos explícito en un artículo pero el nombre y la introducción del convenio no deja lugar a dudas de que el ámbito material se refiere a un desplazamiento ilícito de un menor nacional de uno de los dos Estados contratantes.

3. Ámbito espacial

Acudimos a los Artículos 1º y 7º del Convenio; podemos deducir de estos que los desplazamientos y retenciones ilícitas que éste regula se limitan al territorio de los dos Estados contratantes. Por lo tanto tiene que ocurrir en Marruecos o en España.

4. Ámbito temporal

Sobre el que versa el Artículo 21 y 22º del Convenio. En cuanto a la devolución inmediata se aplicará a los desplazamientos ilegales ocurridos después de la entrada en vigor del presente Convenio. Dicha entrada en vigor - según el Art. 22º- se produce provisionalmente a partir de la firma y definitivamente el primer día del segundo mes siguiente a la fecha de la última notificación.

3. PROCEDIMIENTO

En el Artículo 4º del Convenio, se expresa que las solicitudes de devolución de menores desplazados o detenidos ilegalmente serán dirigidas a la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del menor. Dicha Autoridad de oficio remitirá la solicitud a la Autoridad Central del Estado requerido. Se llevarán a cabo las medidas apropiadas para localizar al menor, evitar peligros para este, facilitar una solución amistosa, garantizar la repatriación del menor y otros muchos objetivos.**Artículo 4º.2 - a),b),c),d),e),f),g),h).**?

Es importante destacar que con la finalidad de garantizar y velar por el interés del menor, el Artículo 6º regula la gratuidad del proceso - exceptuando los gastos de repatriación- incluyendo los gastos y costas del procedimiento.

I. DEVOLUCIÓN INMEDIATA DEL MENOR

Se regulan dos posibilidades diferentes en el Artículo 7º, sobre el desplazamiento ilícito del menor y su posterior devolución inmediata:

a) Hay una infracción de un Derecho de custodia atribuido por resolución judicial

La resolución judicial debe haber sido dictada con anterioridad al desplazamiento del menor. Se exige que el menor tuviera la residencia habitual en el Estado requirente.

Es necesario que el menor y sus padres, en el momento del desplazamiento, tuvieran, únicamente la nacionalidad del Estado requirente.

Estos requisitos limitan mucho la aplicabilidad del Convenio en dicha materia, aunque tampoco es claro si los requisitos se tiene que dar de forma cumulativa o no.

b) Infracción de un derecho de custodia atribuido con exclusividad a uno de los padres por el Derecho del Estado del que fuera nacional

c) Infracción de un acuerdo entre las partes

El acuerdo debe haber sido refrendado por los tribunales españoles o marroquíes.

El procedimiento de devolución

Es importante para este el factor temporal puesto que en su Artículo 14.1 se dice que el Estado requerido debe emplear un procedimiento sencillo y rápido.

Por ello el Artículo 8º distingue entre los casos en los que ha transcurrido:

- Un plazo inferior a seis meses desde el desplazamiento ilegal del menor. Estableciendo dos casos en los que no es obligatorio la ordenación del retorno del menor- a) Menor con nacionalidad únicamente del Estado requerido y b) Existe resolución ejecutiva relativa al derecho de custodia anterior al desplazamiento-.

-Un plazo superior a seis meses desde el desplazamiento ilegal del menor:

en este caso el Tribunal requerido tiene que hacer un estudio subjetivo de si el menor se ha integrado a su nuevo entorno o que la devolución de este supondrá un peligro físico o psíquico o una situación intolerable para el menor.

4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales se encuentra regulado en el Capítulo III del Convenio, en sus Artículos 11º y 12º.

En el artículo 11º del Convenio se regulan los casos en los que las Autoridades judiciales del Estado requirente podrán denegar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones:

a) Que se de una falta de notificación al demandado

El acto por el que se abre el procedimiento o acto equivalente no fue entregado o notificado al demandado dentro del plazo oportuno. Con la excepción: de que dicha falta de entrega o notificación se deba a que el demandado ha ocultado el lugar donde se encuentra al demandante - quién inicia el proceso en el Estado requirente-.

b) Que exista una falta de competencia de la Autoridad que dicta la resolución.

c) Incompatibilidad de la resolución con otra dictada en el Estado requerido.

Resolución relativa a la custodia dictada en el Estado requirente que resulta incompatible con otra resolución relativa a la custodia que se dictó con anterioridad al desplazamiento del menor en el Estado requerido y que ha adquirido fuerza ejecutiva en el mismo.

d) Razón relativa a la temporalidad y el interés del menor.

Se remite a los plazos inferiores o superiores a seis meses desde el desplazamiento del menor , de los intereses de éste y de sus consecuencias si se llevase a cabo el reconocimiento y la ejecución de ciertas resoluciones judiciales.

5. EL DERECHO DE VISITA

Regulado dicho derecho en el Capítulo IV del Convenio. En el Artículo 13º en primer lugar se nos explica que la solicitud sobre el derecho de visita se podrá presentar ante la Autoridad Central - sin ser de modo exclusivo el hecho de que se presente ante esta autoridad, pudiéndose presentar ante otras.

En cuanto a su reconocimiento de las resoluciones judiciales relativas al derecho de visitas, funcionan según el Art. 13º.2 con el mismo procedimiento que para las resoluciones judiciales en materia de custodia.

6. REQUISITOS FORMALES

Los requisitos formales tanto para la solicitud de devolución inmediata como el reconocimiento y ejecución de una resolución que verse sobre la custodia o el derecho de visita; se regulan en el Capítulo V del Convenio en los Artículos 14º - al 20º.

En dichos artículos se expone el procedimiento elegido debe ser sencillo y rápido (Artículo 14º.1).

En cuanto a la solicitud de devolución inmediata, ésta deberá incluir (Artículo 15º):

A) Información sobre el solicitante, el menor y el demandado - persona que tiene retenida al menor-.

b) Motivos en los que se basa la reclamación.

En el caso de la solicitud de reconocimiento o ejecución de una resolución relativa a la custodia o al derecho de visita (Artículo 16º):

- Copia de la resolución dictada

- Si se dicta en ausencia; una copia certificada conforme al documento para demostrar que ha sido notificada a la parte ausente

- Documento que demuestre el carácter ejecutivo de la resolución.

- Si actúa la Autoridad Central, documento que certifique su competencia.

Si dichos documentos no se presentan la Autoridad judicial del Estado requerido podrá establecer un plazo para su presentación o aceptar un documento equivalente si considera que ya tiene la información suficiente tal como versa el Artículo 17º del Convenio.

Los documentos deben estar redactados en una de las lenguas oficiales del Estado de la Autoridad requirente. Y con una traducción autentica en la lengua o una de las lenguas del Estado requerido.

Por último en el Artículo 20º se expone que "No podrá imponerse cautio judicatura solvi alguna en razón, bien de la condición de extranjero o bien de ausencia del demandado o por falta de residencia en el Estado, a la parte que solicite la ejecución en el Estado requerido de una resolución del Estado requirente"

La "cautio judicatura solvi" es la fianza que debe constituir el demandante extranjero, con objeto de garantizar al demandado nacional, si la acción se rechaza, el pago de los gastos y daños y perjuicios que deriven del litigio - definición de L.D Bonaparte.

7.ADHESIÓN DE MARRUECOS AL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

España ya ha declarado la aceptación de la adhesión de Marruecos a dicho Convenio, el 14 de marzo de 2011. Por el momento esto no ha desencadenado la retirada del vigor del Convenio Hispano-Marroquí, por lo que sigue estando vigente para ambos Estados.

Hay que tener en cuenta - como afirma Celia M. Caamiña Domínguez en El Secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos- el Artículo 3.3 del Convenio, nos muestra que éste no es imperativo.

En caso de concurrencia de aplicación de ambos convenios; el Convenio de la Haya de 1980 y el Convenio Hispano-Marroquí de 1997; se aplicará el principio de norma más favorable para lograr el retorno del menor y sobre todo garantizar y salvaguardar el interés del menor.

LEYES INTERNAS

PROTECCIÓN DE MENORES. COMPETENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL ART. 22 LOPJ:

Ámbito de aplicación:

Los tribunales españoles tendrá competencia judicial internacional en aquellos casos no regulados por el reglamento 2201/2003 y solo si el Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 no la otorga a los mismos.

Foros de competencia recogidos por el art. 22.3 LOPJ en materia de protección de menores:

1. Procesos relativos a medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores en el caso de que estos tuvieren su residencia habitual en España: este foro es inaplicable ya que si los menores tiene su residencia habitual en España, la competencia judicial internacional está atribuida por el Reglamento 2201/2203.
2. Procesos en materia de filiación y de relaciones paterno filiales:son competentes los tribunales españoles cuando el hijo tenga su residencia habitual en España en el momento de interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España. Este foro es aplicativo cuando el menor no tiene residencia habitual en un estado miembro del reglamento 2201/2201 y ninguno de los foros establecidos en el Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 atribuye competencia a los tribunales españoles.
3. Medidas provisionales o de aseguramiento respecto del menor o sus bienes:que se encuentren en España o del menor mismo si se halla en España y si dichas medidas de deben de cumplir en España establecido en el art. 22.5 LOPJ. Este foro es aplicable si el menor no reside habitualmente en un estado miembro y si ninguno de los foros de

competencia internacional recogidos en el Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 atribuye competencia a los tribunales españoles.

La jurisprudencia española tiende a aplicar el art. 22.3 LOPJ para acreditar la competencia de los tribunales españoles en los litigios sobre protección de menores aunque dicha competencia suele comprobarse con arreglo al reglamento 2201/2003 o conforme otros convenios internacionales que estén en vigor en España.

ARTÍCULOS 1901 A 1902 LEC RELATIVOS A LAS MEDIDAS RELATIVAS AL RETORNO DE LOS MENORES EN SUSTRACIONES DE MENORES:

La LEC de 1881 establece en los art. 1901 a 1909 un apartado relativo a las medidas relativas al retorno de los menores en los supuestos de sustracción de menores

Conforme al art. 1902 LEC es un procedimiento de carácter preferente que será realizado en el plazo de seis semanas por el Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido trasladado ilícitamente.

Están legitimados para promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor, la autoridad central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio o la persona que la represente. Estos legitimados o el ministerio fiscal podrán solicitar al juez que adopte una medida provisional de custodia del menor (art. 1903 LEC)

En todo caso, las actuaciones se practicarán con intervención del Ministerio Fiscal y los interesados podrán actuar bajo la dirección de Abogado.

Conforme al artículo 1904: Promovido el expediente mediante la solicitud deberá ser acompañado por la documentación requerida por el correspondiente convenio internacional.

El Juez dictará un auto en el plazo de veinticuatro horas en el que se requerirá a la persona que ha sustraído o retiene al menor para que comparezca en el juzgado con el menor. Caben dos opciones:

Se prevén tres posibles actuaciones:

que el requerido no comparezca, el Juez dispondrá a continuación del procedimiento de su rebeldía citando a los interesados y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que tendrá lugar en plazo no superior a los cinco días siguientes y decretará las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con el menor.

que comparezca y acceda a la restitución del menor, hay que determinar si accede voluntariamente a la restitución del menor a la persona, institución y organismo que es titular del derecho de custodia o si se opone a la restitución por

existir alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio cuyo texto se acompañará al requerimiento. En la comparecencia se oirá al solicitante y al Ministerio Fiscal y en su caso y separadamente, al menor sobre su restitución. Posteriormente, el Juez resolverá por auto si procede o no la restitución, teniendo en cuenta el interés del menor y los términos del correspondiente convenio.

El artículo 1906 si compareciese el requerido y accediere a la restitución voluntaria del menor, el juez dicta un auto a través del cual se produce la conclusión del procedimiento y la entrega del menor a la persona, institución y organismo titular del derecho de custodia.

o que comparezca y se oponga a la misma. Si existe oposición el procedimiento se convierte en contencioso prosigue ante el mismo juez por los trámites del juicio verbal con una comparecencia en la que las partes y el ministerio fiscal alegarán lo que estimen pertinente y propondrán la práctica de la prueba para una comparecencia posterior que se celebrará en los cinco días siguientes a la celebración de la primera. Esto supone una merma en la eficacia de la prueba que consiste en informes que tienen al menor como sujeto y que tratan de determinar cuál es su interés (art.1907 LEC).

El procedimiento acabe con un auto contra el cual cabe recurso de apelación en un solo efecto que deberá resolverse en un plazo improrrogable de veinte días (art. 1908 LEC)

Finalmente el artículo 1909 LEC hace referencia los gastos y costas del procedimiento así como los gastos en los que haya incurrido el solicitante que debe de abonar la persona que trasladó retuvo al menor.

ANTEPROYECTO DE LEY RELATIVO A LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA:

En el Anteproyecto de ley relativo a los procedimientos de Jurisdicción voluntaria, se ha procedido a revisar los procedimientos relativos a la sustracción internacional de menores donde suele haber controversia entre los progenitores. Para ello se procede a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de forma que quede regulado como un proceso propio e independiente al margen de la Jurisdicción voluntaria.

En los casos de sustracción internacional de menores serán competentes los Juzgados de Primera instancia con competencias en Derecho de Familia, previendo como primer paso la eventual solución amistosa de dichos casos.

NORMAS DE PRODUCCIÓN INTERNA

En muchas ocasiones no se van a poder aplicar los instrumentos jurídicos internacionales en vigor para España para realizar la acción de retorno del menor

ilegalmente desplazado, por ello, debemos acudir a las normas del Derecho Internacional Privado de producción interna, aunque éstas ofrezcan soluciones que no resultan de gran eficacia.

Si estamos ante la situación en la que el menor reside en España y ha sido trasladado al extranjero, podemos intentar litigar en el país al cual se ha desplazado el menor, aunque esta vía no sirva de mucho, ya que las autoridades de dicho país, protegerán en la mayor parte de los casos, al progenitor extranjero que se ha llevado consigo al menor.

También, podemos intentar litigar en España, obteniendo una resolución judicial pretendiendo reconocerla en el país extranjero, para que despliegue sus efectos dicha sentencia y se pueda retornar al menor. En este caso, al intentar reconocer la decisión judicial, el país extranjero puede optar por imponer el orden público como resistencia a dicho procedimiento de reconocimiento. Esto ocurre frecuentemente en los países islámicos, cuando la resolución judicial concede la custodia a la madre “no musulmana”, el padre musulmán (que lleva consigo al menor a un país árabe), interviene alegando que su hijo no va a ser educado bajo la fe islámica, algo que vulnera el Derecho de Familia Musulmana. Es decir, se está contrariando el orden público.

Por último, se podría recurrir a la vía penal, intentando obtener en España una sentencia que condene al progenitor “secuestrador”. Aquí, debemos mencionar la inaplicación de la norma penal española, ya que en todo caso, habría que aplicarse el derecho penal del país en el que se encontrara el menor, para que fuera punible la actuación del progenitor. Si optáramos por la extradición del progenitor secuestrador, también veríamos frustrado el intento ya que generalmente dicho progenitor suele tener la nacionalidad del país a donde desplaza ilegalmente al menor.

Diferente a estas situaciones, es la del menor que reside en España y pretende ser trasladado al extranjero, pero que aún no ha sido desplazado.

En este caso, el menor sigue estando en el territorio español, por lo que el juez, puede imponer varias medidas para prohibir la salida del menor de nuestro país.

Una de las medidas más comunes es la retirada del pasaporte del menor, o solicitar autorización judicial para realizar cualquier cambio de domicilio del menor, limitar el derecho de visita en un ámbito espacial determinado... etc

Solo podremos acudir a dichas medidas cuando estemos ante un caso de gran riesgo de traslado del menor, y de no retorno del mismo. Podríamos pensar que la limitación de la circulación del menor, puede conllevar una vulneración de los derechos humanos, pero en realidad dichas opciones son impuestas con el objetivo de preservar el interés del menor. Si por ejemplo, el menor ha sido desplazado ilegalmente, incumpléndose algunas de estas medidas, se podrá demandar (por la vía contencioso-administrativa) a las Autoridades Administrativas por negligencia y

descuido de la salida indebida del menor, imponiendo a dicha Autoridad, la obligación de indemnizar al progenitor afectado.

Finalmente, cuando estamos en un caso en el que el menor reside en un país extranjero, y es desplazado ilegalmente a España, el progenitor afectado, si obtiene una resolución judicial en su país sobre dicha sustracción indebida y el necesario retorno del menor a ese país extranjero, podrá intentar realizar el procedimiento de exequátur para que dicha sentencia despliegue efectos en España, y pueda retornar el menor a su país de origen, o también se podrá ejercitar una nueva acción en España, aportando la sentencia extranjera como dato importante para que “ los jueces españoles modifiquen las medidas sobre custodia adoptadas por las autoridades del país de la anterior residencia habitual del menor”.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.A. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: <<Derecho Internacional Privado Tomo II>>
- 2.CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ ,<< El Secuestro Internacional de Menores: Resoluciones entre España y Marruecos>>
- 3.M. SABIDO RODRÍGUEZ, <<Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997>>
- 4.MANUEL OSSORIO, <<Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales>> (Definición de L.D BONAPARTE)
- 5.MARÍA DEL MAR VELÁZQUEZ SANCHEZ, << El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de Mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita>>
6. leyes internas, Código Civil, LOPJ, Código Penal

1?http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/**ChercheSig**?.asp?NT=105&CM=8&DF=25/06/2010&CL=ENG (Último Acceso 1/12/2013)

2?BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984

3?http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_int_es.htm(Último Acceso 1/12/2013)

4?Carmen García Revuelta, *Aplicación práctica del Convenio de la Haya y el Reglamento 2201/2003 El papel de la Autoridad Central.*

5? Artículo 14, Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia de Luxemburgo de 20 mayo 1980

6? A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado Volumen II*, Comares, Granada 2013, Pag. 451

7? *Ibid* Pag 452

8? Artículo 60.d R.2201/2005

9? A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenio de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)” *Internacional Law*, Pag 169

10? A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González Op. Cit. Pag 452

11? A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González Op. Cit. Pag 452

12? A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González Op. Cit. Pag 452

13? A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Globalización Op. Cit Pag. 171

14? *Ibid*

15? A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González Op. Cit. Pag 453

16? A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González Op. Cit. Pag 453

17? Artículo 9.1.a) Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia de Luxemburgo de 20 mayo 1980

18? Artículo 9.1.b) *Ibid*

19? Artículo 9.1.c) *Ibid*

20? A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Globalización Op. Cit Pag 173

21? Artículo 10.1.a) *Ibid*

22? Artículo 10.1.b) *Ibid*

23? Artículo 10.1.c) *Ibid*

24? Artículo 10.1.d) *Ibid*

III. Mediación y sustracción internacional de menores: Guía de buenas prácticas - Conferencia de La Haya

© Pedro Adrián Gómez Pedraza/Pamela Gómez-Taboada Márquez/Raquel Martín
Diéguez/Jorge Mateos Maldonado/Diego Hernández Gil

INTRODUCCIÓN:

En el texto legal objeto de estudio, se define el concepto de mediación como método alternativo de solución de un conflicto, cuya utilización depende de las partes.

Es decir, las partes son las únicas que tienen la potestad de acudir a un tercero conocido como mediador, el cual se va a encargar de hacer todo lo posible para establecer el diálogo entre esas dos posiciones enfrentadas con el fin de que se solucionen las controversias que dieron origen al conflicto.

En ese marco de negociación, se trata de buscar por tanto una buena solución en cumplimiento de los principios de confidencialidad, neutralidad e imparcialidad y que a la vez, dicha solución que se pretende alcanzar no perjudique en ningún caso los intereses del menor.

La mediación puede llevarse a cabo de forma directa e indirecta; en la primera, la participación de las partes con el mediador se realiza bien presencialmente o bien por medio de videoconferencia; en el segundo supuesto, el mediador realiza el proceso por separado con cada una de las partes.

Por otro lado, en algunos Estados, las partes pueden acudir a la mediación judicial o a la extrajudicial, donde se diferencia respecto al modo de disponer la controversia: por un lado, recurriendo a un órgano judicial (ya sea directamente o por medio del mismo) o, por el contrario, llevando a cabo el debate sin hacer uso de la actividad judicial. Con independencia del tipo de mediación elegido, lo importante es la obtención de un acuerdo tras el uso de dicha alternativa.

Además, el concepto ha de concretarse en el ámbito del texto aplicable a los conflictos familiares de ámbito internacional. Esto es, debemos tener presente la solución amistosa a la que han de llegar las partes tal y como se prevé en el artículo 7 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, siendo un texto global al vincular dicha solución no sólo a los Estados partes del mismo sino también a los Estados firmantes de otros Convenios de La Haya siempre que se posibilite el uso de la mediación en las mismas materias que aquí nos ocupan.

Centrándonos en el texto, podemos decir que la Guía tiene su base en otros Convenios de La Haya que garantizaban soluciones adecuadas a las distintas controversias familiares que pudieran surgir en al menos dos Estados. Al principio, la figura de la mediación fue muy discutida hasta que en abril de 2006, la Conferencia de La Haya pidió a la Oficina Permanente de dicho organismo un estudio de viabilidad sobre la pertinencia de dicho procedimiento en este tipo de asuntos, siendo presentado el mismo en abril del año siguiente ante el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia.

Posteriormente, se solicitó a la Oficina Permanente para que evaluara las circunstancias presenciadas con arreglo a lo alcanzado y que además, se encargara de redactar una Guía de Buenas Prácticas sobre la mediación en el ámbito del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 que, después, se analizó en la reunión del Consejo del año 2009. En esa reunión, se confirmó dicha guía y se ordenó su correspondiente examen por parte de los Estados integrantes de la Conferencia. A lo

largo del presente epígrafe, se procederá al análisis de los principales aspectos de la Guía mencionada, lo cual nos permitirá alcanzar un conocimiento general de la mediación en este tipo de cuestiones.

Cabe precisar, que ese texto no sólo recibió críticas por parte de los Estados firmantes, sino que también hubo una larga discusión entre los diferentes organismos adheridos a la Conferencia de La Haya, destacando entre otras la reiteración de lo dicho en anteriores declaraciones de la Comisión Especial en cuanto al mandato a los poderes públicos del fomento de la restitución voluntaria, evitando que se dé un retraso indebido, y la recomendación de que la Oficina Permanente notificara su estudio de viabilidad a los Estados parte de la Conferencia. En relación con lo anterior, la Comisión Especial se creó con el fin de estudiar las leyes protectoras del menor aprobadas en el ámbito europeo.

Con todas esas premisas y gracias al auxilio de expertos independientes originarios de diferentes Estados miembros, fue circulando un proyecto en todo el territorio europeo, el cual se examinó por los Estados parte y la Oficina Permanente, complementándose con otra reunión de expertos celebrada en 2012 en el marco de la Conferencia de La Haya en la que se hizo un especial tratamiento de los conflictos internacionales habidos entre menores en lo referente a la efectividad de la mediación, junto al análisis de las posibles consecuencias positivas de un texto jurídico que lo regulara.

También, dicho texto que nos corresponde analizar fue fruto del conocido Proceso de Malta que recogió las conversaciones de Jueces y altos cargos del Gobierno de distintos Estados acerca de instituciones propias del Derecho islámico empleadas en el campo plurinacional de la custodia, el contacto y la sustracción de niños, el cual propició la promoción de la mediación gracias a la intervención de expertos y de herramientas tales como cuestionarios sobre la estructura de la misma, la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación y las bases asentadas en algunas jurisdicciones descritas en un Proyecto de Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación junto a un Memorando Explicativo.

En relación a esos principios, el Consejo redactó un informe sobre los mínimos que debían presidir dicho procedimiento, llegando a la conclusión de que el mismo debía basarse en la protección del interés superior del menor y del resto de personas involucradas que pudieran resultar afectadas.

En definitiva, el contenido de la Guía no resultaría completo si no nos remitimos al Código de Conducta Europeo para Mediadores de la Comisión (encargado de regir el proceder de los mediadores si los mismos lo requieren), ni tampoco a la Directiva europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles aprobada en mayo del año 2008 (Directiva 2008/52/CE del Parlamento

européo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), que se completa con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil del año 2010 y los acuerdos bilaterales que reglamentan dichas materias.

I. LA IMPORTANCIA Y USO DE LA MEDIACIÓN

El creciente uso y valoración de la mediación en la resolución de conflictos familiares transfronterizos se debe al interés por encontrar una solución amigable y a la autonomía que, cada vez más, los Estados otorgan a las partes en la resolución de sus controversias familiares, y es que no hay que olvidar que se trata de un asunto que afecta al propio núcleo de la intimidad de las personas.

Un acuerdo amistoso puede ser de gran utilidad para preservar los derechos del menor, recogidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en concreto en el ámbito de la sustracción de menores, el establecido en el artículo 10 apartado 2º en relación a los padres que viven en distintos Estados: el derecho del niño a mantener relaciones personales directas con ambos progenitores. Todo ello en un ámbito mucho menos conflictivo para el menor.

Por otro lado, en la mediación las partes en conflicto pueden participar activamente en la búsqueda de soluciones mediante un diálogo informal y en un proceso flexible, lo que supone una mayor satisfacción de los intereses de ambos progenitores así como del niño, ya que no se deteriora tanto la relación entre ambos progenitores.

No obstante a la hora de afrontar la mediación de forma realista, hay que ser consciente de que no todos los conflictos de familia pueden resolverse de forma amigable, y en tal caso se deberá acudir al proceso judicial. Estos casos pueden ser de los más variados, es posible que alguna de las partes no esté dispuesta a participar de la mediación y que por tanto seguir intentándolo suponga para la otra parte una pérdida de tiempo y dinero, o tal vez existan circunstancias especiales desventajosas para alguna de las partes como la existencia de violencia de género (incluso si solo pueden apreciarse indicios), mediación con personas drogodependientes, etc.

Cabe recordar que la mediación no es un reemplazo de los procesos judiciales, sino un complemento que puede ayudar a reducir controversias y por tanto la carga de los tribunales, tal como afirma el Preámbulo de la Recomendación del Consejo de Europa (2002) sobre mediación en materia civil. Esta complementariedad permite solucionar los fallos de ambos procedimientos, recordando que el acceso a los tribunales constituirá “la extrema garantía de protección de las partes” de acuerdo a la misma Recomendación (Principio III, 5.5).

Existe una gran diferencia entre la mediación en temas nacionales de familia y asuntos internacionales. Cuando el conflicto es internacional es mucho más compleja y se suma la tensión y peso emocional que supone la sustracción internacional del menor. El Convenio de la Haya de 1980 afronta estos desafíos en especial en los artículos 7.c y 10.

Cuando se trata de restituir al menor sustraído el tiempo es fundamental para evitar los efectos nocivos del traslado en el menor. El paso del tiempo hace más complicada la relación directa entre el niño y el progenitor perjudicado menoscabando ese derecho a un contacto ininterrumpido que le otorga la Convención de Derechos del Niño. Por su parte, el mediador debe ser consciente del apoyo que le pueden proporcionar las autoridades centrales, así como de la necesidad de cooperación con las mismas para el buen fin del contacto.

Podría darse además un uso indebido del Convenio de La Haya de 1980 por parte del progenitor sustractor, ya que cuando el proceso de restitución se inicia más de un año después de la sustracción, el Tribunal puede rechazar dicha restitución entendiendo que el menor ya está integrado en su nuevo lugar de residencia. Algunos estados (Alemania, Francia y Países Bajos) optan en estos casos por la iniciación inmediata de procesos de restitución seguidos de una suspensión para realizar la mediación lo cual evitaría el uso del Convenio como táctica dilatoria

Uno de los desafíos más evidentes, pero no por ello menos problemáticos, a los que se enfrenta la mediación internacional es la distancia geográfica entre las partes. Esta distancia puede afectar no sólo a los aspectos prácticos de la celebración de sesiones de mediación, cuestión que podrá solucionarse con cierta flexibilidad por parte de los mediadores y de las partes; el problema real es que dicha distancia afecte al propio contenido de la mediación, ya que en muchos supuestos, dicha distancia va a seguir existiendo entre los progenitores en el futuro, lo cual sin duda afecta al interés y cuidado del menor. Esta cuestión de la distancia deriva además en otro tipo de problemas: los altos costes del traslado al lugar donde se celebra la mediación, la elección de una mediación directa o indirecta... Igualmente ocurre con las cuestiones de inmigración y visado, ya que el progenitor perjudicado debería poder obtener los documentos de viaje necesarios tanto para acudir a la sesión de mediación como para participar en los correspondientes procesos legales, y finalmente para poder llevar a cabo con éxito los derechos de contacto con el menor.

Afortunadamente podemos hablar una vez más de la ayuda que para estos procesos suponen los medios informáticos y tecnológicos actuales, en los que las sesiones de mediación pueden incluso llevarse a cabo a través de videoconferencias.

Por otra parte, aunque el Convenio de la Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores sólo aborde los aspectos civiles, cabe pensar que en muchos casos existirá un proceso penal asociado a la conducta. Si bien esto no es relevante para el Convenio, sí

puede influir en los procesos de restitución del menor y por ello se intentará fomentar la cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas de cada país afectado, siendo de especial interés la Red Internacional de Jueces de La Haya, de quienes se espera que empleen sus mejores esfuerzos a fin de promover la protección internacional del menor, en particular, dentro del ámbito de aplicación del Convenio de 1980. Dichos jueces realizarán dos funciones fundamentales que serán de gran utilidad en el ámbito que se discute: las comunicaciones judiciales generales y la asistencia transfronteriza en el enlace de dos jueces en activo en un caso específico.

Para garantizar la calidad de la mediación y conseguir que sea efectiva y eficiente, es necesario prestar especial atención a la formación del profesional mediador. En muchos sistemas jurídicos esta formación no ha sido regulada por ley, o al menos no de forma específica para el ámbito de familia internacional, y esto hace difícil el establecer ciertos requisitos mínimos de formación. Existen ciertas iniciativas de estándares de formación como el Código de Conducta Europeo de Mediadores *“establece una serie de principios cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad”*, tal como reza el propio Código en su exposición inicial, o la Guía De Buenas Prácticas de Mediación Familiar de la *Association Internationale Francophone des intervenants auprès des familles séparées*. Sin duda en un contexto internacional donde la cooperación es tan esencial, no cabe sino esperar que los Estados trabajen con miras a establecer ciertos estándares comunes en sus servicios de mediación.

Además, respecto al tema que tratamos de la formación del mediador, de debe establecer un examen inicial a fin de evaluar la aptitud del caso en particular para la mediación. Esto es muy importante ya que el mediador no solo debe ser versado en materia de familia, sino que debe tener una formación específica en sustracción internacional de menores. De no ser así, el mediador no sabrá afrontar los desafíos específicos de la materia ya que se trata de un ámbito no solo jurídico sino social y psicológico, con barreras idiomáticas, geográficas y circunstancias que pueden afectar al poder negociador de las partes y que el mediador debe ser capaz de reconocer y valorar. Por ello la formación del mediador debe ser no sólo específica sino continuada y monitoreada para asegurar la transparencia y calidad en su servicio. Es interesante plantear la posibilidad de que los Estados respalden este tipo de programas de formación; sin duda en el contexto económico en que nos encontramos parece improbable, sin embargo, debemos plantearnos cuánto ahorraría cada Estado en procesos judiciales si la mediación fuera realmente efectiva y eficaz, y dejando de lado el valor económico: cuánto menor coste psicológico supondría para las partes que se someten a los procesos y en definitiva, para el propio menor afectado.

II. EL IDEAL: FACILIDAD DE ACCESO A LA MEDIACIÓN

Para que exista una efectiva accesibilidad es pertinente que los países contratantes del Convenio de la Haya de 1980 brinden información suficiente respecto a los servicios de mediación que se encuentran en cada Estado.

La mediación podría ser utilizada no solo para evitar un proceso judicial, sino, también para prevenir la sustracción del menor, por ejemplo tras separaciones o divorcios de matrimoniales, cuando uno de los progenitores tiene la intención de mudarse a otro país. Aunque es importante recalcar que una vez iniciado un proceso litigioso, el acceso de la mediación aún se encuentra disponible, incluso en la etapa de ejecución.

Antes y durante el proceso de mediación se aprecia la participación trascendental de distintos sujetos:

A. Las autoridades centrales de cada Estado tienen un rol trascendental para la solución de las controversias que suscitan la sustracción de menores. En ese sentido, aquel Estado que recibe una solicitud de restitución se encuentra obligado a suministrar de forma inmediata información detallada sobre los servicios de mediación que se encuentran en su jurisdicción con el fin de obtener una solución amistosa de la controversia.

B. Los tribunales también desempeñan un papel importante, de forma que en algunos Estados la promoción de acuerdos tales como la mediación o conciliación han recibido fuerza de ley. Independientemente de la sugerencia realizada por la autoridad central, los tribunales, siempre que lo consideren pertinente, deberán remitir a las partes hacia los servicios de mediación que se encuentren disponibles en su jurisdicción. Ahora bien, es importante que el juez controle el plazo de duración de la misma.

La mediación durante un proceso judicial puede ser de dos formas:

- Mediación judicial: es aquella en la que el mediador es un colaborador que trabaja para el poder judicial o un juez (diferente al que conoce del asunto) que ha recibido formación en la materia.

- Mediación extrajudicial: es operada por servicios u organizaciones desvinculadas del órgano jurisdiccional. Este tipo es el más utilizado dentro del ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1980.

Tras la obtención de un acuerdo por las partes a través de la mediación, puede que el mismo tribunal que conoce de la causa convierta el acuerdo en orden judicial.

C. Los abogados, como asesores de las partes, deben propiciar la solución amistosa de las controversias. Para lograr dicho fin, es importante que durante su formación reciban la información suficiente sobre medios de solución extrajudicial. Así mismo, en cumplimiento de su deber, es necesario que informen legalmente a las

partes para que se llegue a un acuerdo fundado y que el mismo podría tener efectos jurídicos.

No todos los supuestos de sustracción de niños son susceptibles de someterse a la mediación como vía para solucionar las controversias, por eso, existe como requisito previo a la realización de una mediación que se realice un examen inicial, con el fin de apreciar la idoneidad del caso. La aptitud o no dependerá de la coyuntura del caso en concreto, de las características de los servicios de mediación que se ofrezcan en cada Estado y la organización de la misma para este caso en específico.

La tarea de evaluación es encomendada al mediador u a otro profesional con formación en la mediación internacional familiar y se realiza en la entrevista inicial e individual con cada una de las partes, en la cual debe apreciar si existen riesgos especiales que provoquen la dilación de la mediación o incluso su fracaso. Las cuestiones que se valorarán varían desde la voluntad de las partes para someterse a la mediación, discapacidad de alguna de las partes, indicios de violencia de género o maltrato infantil, aspectos del idioma, entre otros.

Otro aspecto importante, del cual depende la facilidad de acceso a la mediación son los costes. Los Estados deben realizar esfuerzos para que la mediación sea asequible para aquellos que deseen utilizarla. En ese sentido, algunos Estados han optado por brindar los servicios de mediación gratuitos cuando se trate de sustracción de menores, en otros la mediación se encuentra regulada por ley o el precio puede ser determinado por el tribunal que conoce de la causa. Cualquiera que sea la opción a seguir, la información sobre los costes que puede implicar solucionar las controversias vía mediación debe ser puesta a disposición de las partes de forma clara y precisa antes de realizarse la misma.

El lugar donde se celebrará la mediación es otro aspecto relevante. En una coyuntura tal como se aprecia en la sustracción de menores, normalmente las partes se encuentran situadas en países diferentes, lo cual ocasiona que las reuniones en persona – que es el ideal que los expertos recomiendan- puedan ser costosas y poco factibles. En todo caso, se debe procurar hacerlas, ya sea en el lugar donde se encuentra el menor u otro lugar neutro pero apropiado para realizar las sesiones de mediación. Si pese a los esfuerzos, el encuentro entre las partes no es posible, la mediación puede hacerse a larga distancia mediante el uso de la tecnología.

Todos los aspectos antes mencionados son imprescindibles para que se pueda realizar una mediación y que exista una alta probabilidad de que ésta culmine con éxito.

Cabe que se realice un contrato de mediación por el cual, el mediador y las partes acuerdan por escrito los términos y condiciones del servicio y se garantiza que las partes se encuentran bien informadas sobre los mismos.

En el contrato además de establecer la confidencialidad del proceso, deberá resaltar las disposiciones legales que son aplicables y la conveniencia de que las partes cuenten con asesoramiento jurídico, toda vez que el mediador no puede brindar ese servicio. Así mismo, se deberá hacer referencia a los métodos de mediación empleados, el alcance y coste del proceso.

III. ALCANCE DE LA MEDIACIÓN

Una de las principales ventajas que se aprecia en el uso de la mediación, es que ésta abarca no sólo el conflicto en concreto, sino que se puede apreciar otros aspectos que giran en torno a la sustracción que, sin embargo, no tienen relevancia jurídica y que, por lo tanto, no podrían ser tratadas en un órgano jurisdiccional.

Ahora bien, respecto a su alcance temporal, el mismo debe limitarse, ya que lo que se procura es la restitución, en el breve plazo posible, al país del cual fue trasladado de forma ilícita el menor. Si bien, esto no impide que en la mediación se negocien condiciones o modalidades de la no restitución, si fuera el caso. Incluso se permite que regulen cuestiones tales como custodia, derechos de visita, derecho de alimentos del niño.

Si la mediación es realizada con éxito se obtendrá un acuerdo, el que normalmente pasa por la observancia de un tribunal y/o autoridad administrativa para otorgarle efectos jurídicos; por ello la mediación debe considerar la competencia judicial como la ley aplicable para las cuestiones que va tratar.

IV. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN

a. Voluntariedad: las partes deciden resolver sus conflictos por voluntad propia, lo cual no es contrario a las legislaciones de algunos Estados que obligan a intentar la mediación, ya que las partes no se encuentran comprometidas a resolver sus controversias en la misma.

b. Consentimiento informado: es necesario que las partes se encuentren debidamente informadas sobre el proceso y método de mediación, coste, modalidades de práctica, la interacción con el proceso judicial, previamente al inicio de mediación. Estos aspectos se verán reflejados en el contrato de mediación por el cual manifiestan su consentimiento fundado.

c. Evaluación de la idoneidad del caso para que sea susceptible de someterse a solucionar sus controversias a través de un proceso de mediación.

d. Neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia: En primer lugar, se ha de ser neutral respecto del resultado. En segundo lugar, se ha de ser independiente

respecto de la forma en que se lleve adelante la mediación. En tercer lugar, el mediador ha de ser imparcial en cuanto a sus relaciones con las partes. Y, en cuarto lugar, ha de haber justicia o equidad en el sentido de que las partes han de contar con las mismas oportunidades para participar en el proceso de mediación.

e. Confidencialidad: Los Estados deben garantizar la confidencialidad en la mediación. Todas las comunicaciones que se hagan en el curso y en el contexto de la mediación deben ser de carácter confidencial, conforme a la ley aplicable, salvo que las partes acuerden lo contrario. Esto se hace con el objetivo de crear un entorno de confianza necesario para que las partes se embarquen en un debate abierto acerca de las diversas soluciones posibles para su conflicto, podemos hablar de un principio de proporcionalidad. Ha de existir cooperación entre los mediadores, las Autoridades Centrales y los tribunales que participen en el proceso. En ese sentido, los Estados deben considerar la introducción de normas que garanticen que el mediador y las otras partes involucradas en la mediación no se vean obligados a presentar pruebas de las comunicaciones relacionadas con la mediación en procesos civiles o comerciales.

No obstante, existe como excepción a la confidencialidad, aquella información sobre la comisión o la planificación de delitos, en caso se relacione con un posible riesgo de que se cause un daño físico o psicológico al niño, posible a otras organizaciones para garantizar el bienestar y la protección de éste.

f. Consideración del interés y bienestar del niño: El mediador debe animar a los progenitores a concentrarse en las necesidades del niño y debe apelar a la responsabilidad básica de los progenitores respecto del bienestar de sus hijos y de la necesidad de informarlos y consultarlos.

g. Toma de decisiones fundadas y acceso apropiado al asesoramiento jurídico: Los mediadores en casos de sustracción internacional de menores deben mostrar a las partes la importancia de considerar la situación jurídica en ambos sistemas jurídicos involucrados. Así mismo, las partes deben tener acceso a la información jurídica pertinente, es decir, han de tener pleno conocimiento de sus derechos y obligaciones, así como de las consecuencias jurídicas de sus decisiones y gozar de un acceso al asesoramiento jurídico especializado. Aquí juega un papel fundamental la Autoridad Central o el Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional.

h. Competencia intercultural: La mediación en el marco de controversias familiares internacionales debe estar a cargo de mediadores con competencia intercultural. Las partes pueden tener distintos contextos culturales y religiosos, de ahí la necesidad de que el mediador tenga una formación específica.

Deben considerarse además de los límites y problemas propios de la mediación, aquellas situaciones de una resolución internacional de un conflicto como es el contexto religioso o cultural distinto que afectará a las expectativas del progenitor respecto a su responsabilidad parental. El mediador debe ser consciente de estos obstáculos y tener una formación suficiente para no crear una indefensión entre las partes.

También hay que considerar las diferencias idiomáticas. Puede que incluso aunque una de las partes conozca la lengua de la otra sin ser su lengua materna, en las circunstancias de tensión que rodean los conflictos de sustracción de menores, se niegue, o se sienta en mayor igualdad utilizando su propia lengua materna. Además hay que considerar que a la hora de negociar un acuerdo es posible que haya términos y connotaciones más técnicas que sí comprenda en su idioma materno pero no en su segunda lengua, aunque tenga fluidez en dicha lengua en temas más cotidianos. El caso ideal será que el mediador pueda comprender todas las lenguas del proceso en cuestión, no obstante, cabe la posibilidad de acudir a un intérprete, el cual debe estar bien preparado en la materia dada la importancia y delicadeza de los temas a tratar.

V. MODELOS DE MEDIACIÓN

No se puede concluir que un modelo o método de mediación sea más conveniente que otro, hay que estar a las situaciones de cada caso. Sin embargo, sí que es posible diferenciar una serie de modelos de mediación.

En primer lugar, la mediación directa o indirecta. El hecho de que la mediación directa o indirecta sea más adecuada para un caso particular dependerá de las circunstancias del caso, por ejemplo, los costes relaciones con la ubicación geográfica, las acusaciones de violencia doméstica, la determinación del lugar de la mediación,...

Por mediación directa se entiende aquella en la que el mediador entabla contactos a la vez con la víctima y el infractor, es decir, los tres interactúan conjuntamente. Por el contrario, estaremos ante una mediación indirecta cuando los contactos se realicen entre la víctima y el mediador, de un lado, y el infractor y el mediador, de otro lado.

En segundo lugar, la co-mediación o mediación simple. En los casos de sustracción internacional de menores con un alto grado de conflicto debe fomentarse la co-mediación siempre que sea posible. En la co-mediación participan dos mediadores. Al tener un alto grado de conflicto, la mediación es intensa y compleja, las discusiones de las partes pueden involucrar emociones y ser potencialmente explosivas. La presencia de dos mediadores aumenta las posibilidades de llegar a un

acuerdo para fomentar un ambiente calmado y un entorno constructivo que facilite la discusión. La cooperación entre los mediadores puede servir de ejemplo para los progenitores, además, esto es una ventaja porque se traduce en las partes nunca quedarán solas durante las sesiones de la mediación.

No obstante, hay casos en los que la co-mediación no es posible. Es probable que la co-mediación sea más costosa que la mediación simple, incluso puede ser que sea difícil encontrar a dos mediadores adecuados en tan corto plazo. Además, si los mediadores no han co-mediado antes, puede haber un riesgo de que necesiten tiempo para ajustarse a la dinámica particular de la co-mediación.

En tercer lugar, la mediación bicultural bilingüe. El uso de la co-mediación bicultural bilingüe debe promoverse siempre que sea apropiada y factible en los casos de sustracción internacional de menores. Se trata de una iniciativa binacional franco-germana de mediación parlamentaria del año 1998. Estamos en presencia de una forma especial de co-mediación en el que dos mediadores con experiencia en materia de familia y cada uno de ellos del Estado de origen y contexto cultura de cada una de las partes. En los casos en los que en los Estados de origen se hablasen distintos idiomas, los mediadores tendrán las aptitudes idiomáticas necesarias.

En estos casos, la co-mediación está a cargo de un mediador y de una mediadora, uno con formación jurídica y otro con formación sociopsicológica. Esto permite la combinación de la experiencia profesional y la competencia cultural para manejar las distintas cuestiones de mediación. A este esquema que involucra mediadores de distinto género y campo profesional podrían denominarse esquemas de mediación bicultural, bilingüe, bigénero y biprofesional.

Lo que importa es el contexto cultural del mediador y la consiguiente capacidad de comprender los valores y las expectativas de las partes, así como la capacidad de traducir la comunicación verbal y no verbal relacionada con la cultura de modo tal que sea más comprensible para la otra parte. Esto último presupone que el mediador tiene un buen conocimiento de la cultura de la otra parte. Factores importantes a tener en cuenta son la nacionalidad, la religión, los vínculos con determinados grupos étnicos,...

La gran ventaja de la co-mediación bicultural bilingüe es que puede proporcionar a las partes un marco adecuado para la generación de confianza y crear un entorno en el que las partes se sientan comprendidas y reciban asistencia para comunicarse de parte de una persona con su propio contexto cultural e idiomático. Sin embargo, considerando el posible riesgo de que una parte se identifique con uno de los mediadores y lo considere su representante en la mediación, los mediadores deben resaltar su rol como terceros neutrales e imparciales.

Las desventajas de la co-mediación bicultural bilingüe pueden consistir en sus implicancias en materia de costes. Además, puede ser aún más difícil hallar

mediadores adecuados y disponibles para la co-mediación regular en un plazo tan acotado, en especial, si la mediación también debe ser bigénero y biprofesional.

VI. ASPECTOS RELEVANTES DE LA TRAMITACIÓN DE LA MEDIACIÓN.

Una cuestión relevante es la participación del propio niño sustraído, lo cual contribuye a los siguientes fines: a) facilita el conocimiento sobre si una determinada solución es o no favorable al interés superior del menor; b) contribuye a que los progenitores dejen a un lado sus disputas personales para entrar en razón y alcanzar una solución común a favor de la situación del menor; y c) la participación del niño respeta el derecho de éste a ser escuchado, presente en todo tipo de normas relativas a la protección del menor como por ejemplo, el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así pues, en los procedimientos de restitución del Convenio de la Haya de 1980 se contempla la posible toma en consideración de las opiniones del niño "cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones" (se extrae del art. 13.II del Convenio antes citado respecto de la negativa del niño a regresar en un caso de sustracción). Ahora bien, no debemos olvidar que el ámbito de aplicación del convenio engloba a los menores de dieciséis años (art. 4), con lo cual, la discrecionalidad del juez para apreciar la opinión del niño se limita a las de aquellos menores de tal edad.

En relación con lo anterior, nos debemos plantear dos cuestiones fundamentales sobre la consideración de la opinión del menor:

- En cuanto a la forma de hacer llegar la opinión del niño al Juez hay diferentes concepciones entre los diversos Estados. De esta forma, algunos de ellos optan por escuchar directamente al niño en una audiencia normal, si bien es cierto que entre los países de este grupo hay divergencias sobre la edad mínima del menor para poder acudir a una audiencia y la forma de llevarlo a cabo (presencia o no de trabajadores sociales, asistentes, etc.). Mientras que otros Estados contemplan sistemas reticentes a que los niños participen en vistas orales, de manera que su opinión se hace llegar al órgano jurisdiccional a través de informes de especialistas técnicos que previamente han entrevistado al menor.
- Por otra parte, nos encontramos con el problema sobre cuál debe ser el valor que se atribuya a la opinión del niño, que dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y, concretamente, de la edad y el grado de madurez del menor, por lo que no podemos dar una respuesta general para todo supuesto.

Pues bien, es evidente que los derechos e intereses del menor deben ser protegidos tanto en procedimientos judiciales como en aquellos de mediación y esto se extiende al derecho del menor a ser escuchado. Sin embargo, respecto a lo anterior existen importantes diferencias entre un tipo de procedimiento y otro, ya que tanto la decisión de incluir la opinión del menor, como la forma de hacerlo y el valor que a la misma se va a otorgar dependerá de la voluntad de las partes en conflicto y no del mediador, que solamente tendrá facultades de recomendación, de tal forma que su labor debe limitarse a procurar el acercamiento de las posturas de los progenitores instándoles a alcanzar una solución al problema en atención al interés del menor.

Además, junto a la participación del niño también debemos tener en cuenta que en ciertos supuestos la mediación puede estar abierta a terceros, como por ejemplo los abuelos, gracias a la flexibilidad de este mecanismo de solución de controversias (que no exige una determinada legitimación como sí ocurre en procedimientos judiciales), lo cual puede contribuir de manera decisiva al éxito de la misma, por cuanto la participación de un tercero puede facilitar el acercamiento entre las partes del conflicto de cara a la obtención de una solución. No obstante, debemos tener siempre presente que el eventual acuerdo al que pudiera llegarse tendría eficacia inter partes, pero no respecto del tercero que hubiera participado, aunque la ratificación del acuerdo por parte de éste sería beneficiosa para el mismo ya que demostraría la voluntad del tercero por contribuir a su efectiva aplicación.

VII. MEDIACIÓN Y VIOLENCIA DOMÉSTICA.

Por otra parte, en aquellos supuestos donde hay acusaciones de violencia doméstica el uso de la mediación plantea nuevas problemáticas a las que es necesario atender. Además, hemos de afirmar que en gran número de ocasiones el progenitor sustractor es la víctima de esa violencia doméstica, lo cual nos da una perspectiva muy particular del problema porque, de un lado, es perjudicado por dicha violencia y, de otro, es autor de la sustracción.

En un primer momento se plantea la disyuntiva sobre si es conveniente o no la mediación en supuestos que incluyen violencia doméstica. En este sentido, no hay una opinión unánime y esto se manifiesta en las legislaciones y la jurisprudencia de los diferentes Estados. Algunos expertos argumentan que no cabe la mediación en tales supuestos, fundamentalmente por las siguientes razones:

a) Vuelve a poner en contacto a la víctima de la violencia doméstica con el agresor, con lo que ello puede suponer para su integridad física y, sobre todo, psíquica.

b) Si la mediación busca una solución amistosa entre las partes basada en el igual poder negociador de las mismas, la violencia doméstica desvirtúa esta finalidad por cuanto una de las partes ejerce un cierto poder sobre la otra (la víctima en muchas ocasiones no tiene capacidad para contradecir al maltratador).

c) La mediación legitimaría el maltrato, porque estaría poniendo en igualdad de condiciones a los progenitores cuando uno de ellos ha maltratado al otro (en ejercicio de un comportamiento absolutamente reprochable).

Sin embargo, por el otro lado nos encontramos con expertos que no comparten una exclusión general de la mediación en estos supuestos, sino que propugnan una consideración de las circunstancias de cada caso para valorar si procede o no la mediación. Así pues, estos autores afirman que hay determinados supuestos donde puede ser fortalecedor para la víctima el hecho de situarse en una posición igualitaria a la del maltratador de cara a la negociación.

Además, la mediación no tiene que implicar de manera necesaria reuniones de las partes en persona sino que cabría la posibilidad de una mediación indirecta a la que más adelante se hará referencia, lo cual evitaría un enfrentamiento directo de la víctima con su agresor protegiendo su integridad física y psíquica y facilitando la negociación entre las partes.

Otro argumento a favor de la tesis planteada es que existen mecanismos para proteger a la víctima, como por ejemplo el establecimiento de normas para las sesiones de mediación en virtud de las cuales se prohíba todo comportamiento vejatorio entre las partes, de manera que ante una actuación de ese tipo se dé por concluida la mediación inmediatamente.

Por último, arguyen los defensores de este instrumento de solución de conflictos que, en situaciones como la que nos ocupa, el procedimiento estaría asistido por profesionales experimentados en supuestos de violencia doméstica, encargados de la protección de todos los intereses en juego y de la represión de todo comportamiento dominante entre un progenitor y el otro.

A continuación debemos valorar algunos de los aspectos del procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980 en supuestos con violencia doméstica, lo cual va a ser útil para analizar posteriormente las distintas vicisitudes que se pueden plantear en los casos de mediación si se recurre a este instrumento de solución del conflicto. De esta forma, hemos de decir que, en los procedimientos del Convenio de La Haya, las Autoridades Centrales son las que se encargan de adoptar las medidas provisionales que procedan o bien de instar las mismas ante los órganos competentes para acordarlas; como ejemplos de estas medidas podemos citar la ocultación de la localización de la víctima al otro progenitor o que toda reunión entre las partes se realice con la compañía de otras personas.

Además, la violencia doméstica también influye a la hora de decidir la restitución del menor como se extrae del art. 13.I.b) del Convenio de La Haya de 1980, ya que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar dicha restitución en los casos en que ésta vaya a dejar al menor en situación

de riesgo físico o psíquico para el mismo, como ocurriría si el menor quedara en manos del progenitor maltratador (en los casos en que el sustractor es la víctima).

En línea con lo anterior, para la restitución del menor puede ser condición necesaria e indispensable que el regreso del progenitor sustractor sea seguro en los casos en que es víctima de violencia doméstica, porque de lo contrario el menor se encontraría en una situación de desprotección inaceptable (contemplada en ese art. 13.I.b) del Convenio de La Haya de 1980).

Las consideraciones previas extrapoladas al supuesto de la mediación en casos de violencia doméstica nos permite afirmar que es necesario el establecimiento de una serie de garantías para asegurar la protección del menor y del progenitor-víctima (no debemos olvidar que el menor también es una víctima, ya sea directa por sufrir la violencia en su persona o indirecta por sufrirla uno de sus padres). En este sentido, se enuncian en la Guía de Buenas Prácticas que venimos analizando una serie de factores a los que acudir para valorar la aptitud de la mediación en un caso concreto, entre los cuales destacamos: la forma de ejercer la violencia; la salud de las víctimas; la aplicación de una mediación específicamente diseñada para supuestos de violencia doméstica; la posibilidad de adoptar medidas para garantizar la seguridad de las partes vulnerables, etc.

Ahora bien, en ningún caso la mediación puede poner en peligro la integridad física y psíquica de las personas involucradas en la misma, de acuerdo con lo cual se decidirá cómo debe ser llevada a cabo en el caso concreto. En relación con este asunto, es especialmente interesante la mediación indirecta, que se realiza a través de reuniones por separado entre el mediador y cada una de las partes o del uso de medios de comunicación a distancia, como pueda ser Internet.

Por otra parte, en todo procedimiento de mediación deberá intervenir personal especialmente formado para que, en caso de no haber acusación de violencia doméstica, se identifiquen rápidamente los signos de la misma y se adopten las medidas necesarias para que no se prolongue, teniendo en cuenta que ante la comisión de delitos habitualmente se deberá proceder a remitir la información correspondiente a las autoridades competentes de cara a la persecución del ilícito como corresponda, lo cual ya no es objeto de la mediación.

En resumen, en el ámbito de estos procedimientos de mediación se deben adoptar aquellas medidas que sean necesarias para garantizar la igualdad en el poder de negociación de las partes y los derechos e intereses de todas las personas involucradas, especialmente del menor cuyo interés debe ser siempre tenido en cuenta como superior.

VIII. TERMINACIÓN Y EFECTOS DEL ACUERDO DE LA MEDIACIÓN.

En este ámbito debemos decir que el mediador tiene la tarea de asistir a las partes de cara a la concreción del acuerdo, el cual incluirá aspectos tales como la restitución o no del menor, el ejercicio de las responsabilidades parentales, etc. De esta forma, una vez que se haya redactado el acuerdo se debe abrir un período para la reflexión con el objetivo de que las partes sean conscientes del contenido de aquello que firman.

Junto a lo anterior, los términos del acuerdo deberán ser realistas y detallados con la finalidad de evitar problemas en la ejecución definitiva del mismo. En esta línea, por ejemplo, el acuerdo contemplará con quién se queda el menor, pero sin embargo el otro progenitor tendrá el derecho (y el deber) de ejercicio de sus responsabilidades parentales y de contacto con el menor, para lo cual se deberán señalar los períodos específicos para ello, teniendo en cuenta todas las circunstancias necesarias para un adecuado cumplimiento del acuerdo, como el período de duración del curso escolar del menor evitando que éste tenga que dejar la escuela un tiempo para marcharse con el otro progenitor.

En cuanto a la adquisición del carácter vinculante y ejecutorio del acuerdo son varias las precisiones que debemos realizar. Para comenzar debemos notar que la adquisición de ejecutoriedad es absolutamente esencial para que el problema generado por la sustracción sea resuelto y el niño no sufra mayores perjuicios. Por ello, la solución acordada por las partes debe dar lugar a un contrato jurídicamente vinculante, si bien es cierto que nos encontramos en un ámbito como el Derecho de Familia donde la autonomía de la voluntad se encuentra habitualmente limitada, no siendo inusual que los acuerdos en estas materias requieran cierta participación de autoridades judiciales y/o administrativas para controlar los términos del acuerdo, debiendo estar en consecuencia a las precisiones normativas de cada sistema jurídico al respecto.

Por otra parte, no todo acuerdo jurídicamente vinculante es automáticamente ejecutorio; en este sentido, en determinados sistemas jurídicos donde se exige aprobación judicial/administrativa para adquirir ese carácter jurídicamente vinculante, la misma también genera el efecto ejecutorio; por otro lado, existen sistemas donde el acuerdo una vez perfeccionado es vinculante, pero se suele requerir la homologación judicial o el control notarial para ser ejecutorio.

Además, en los casos de sustracción internacional de menores es habitual que el acuerdo de mediación deba ser vinculante y ejecutorio en otro Estado distinto de aquel en que se alcanzó, para lo cual existen dos vías: 1) la de reconocimiento y ejecución en el Estado en cuestión; y 2) la vía consistente en acudir al Estado de que se trate con el acuerdo para llevar a cabo las actuaciones necesarias de cara a la obtención de efecto vinculante y ejecutorio del mismo. No obstante, esta vía puede

plantear problemas porque las autoridades de ese Estado al que se acude consideren que no son competentes para conocer del asunto, en cuyo caso no podríamos obtener el efecto perseguido en ese segundo Estado.

En definitiva, la situación ideal sería aquella en que un instrumento bilateral, regional o internacional regulara el reconocimiento y la ejecución simplificados entre los Estados.

No obstante, debemos tener en cuenta que existen supuestos en que se plantean importantes dificultades para la obtención de una orden judicial mediante la que el acuerdo de mediación adquiera efecto ejecutorio, como ocurre en supuestos en que el acuerdo se refiere a la restitución del menor pero también a otras cuestiones sobre las que no tiene competencia el tribunal del Estado al que éste es llevado, como por ejemplo en relación con la custodia o con obligaciones de alimentos, lo cual pone de manifiesto la necesidad de colaboración entre autoridades de diferentes Estados (con las dificultades que ello conlleva).

Por todo lo visto hasta el momento, para facilitar la ejecutoriedad del acuerdo es patente la necesidad de cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas de los distintos Estados (a través de redes judiciales como la Red Internacional de Jueces de La Haya especializados en materia de familia), el apoyo de dichas autoridades a las partes para que todos los intereses en juego se vean protegidos y la elaboración de normas y procedimientos por los distintos Estados para la tramitación de la adquisición de ejecutoriedad del acuerdo de mediación.

IX. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

A. Cuestiones de competencia y normas de ley aplicable

Las cuestiones de competencia y ley aplicable deben ser consideradas al redactar el acuerdo de mediación. Se ha de garantizar la ejecutabilidad de los acuerdos de mediación en los distintos Estados involucrados.

Las autoridades judiciales y administrativas del Estado requerido y del Estado requirente deberán cooperar mutuamente, en la medida de lo posible, a fin de superar las dificultades que podrían surgir al momento de otorgarle al acuerdo que resuelve, de forma amigable una controversia en materia de sustracción internacional de menores, efecto jurídicamente vinculante y ejecutorio en ambos Estados.

Por un lado, respecto a la competencia internacional en los casos de sustracción internacional de menores, la cuestión de la restitución o no restitución del menor y la regulación de los derechos de custodia y contrato han de ser tenidas minuciosamente en cuenta; para ello resulta de aplicación el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y/o el Convenio de La Haya de 1996 sobre

Protección de Niños. El tribunal de la residencia habitual del menor es el que tiene competencia para tomar decisiones a largo plazo respecto de la custodia y del contacto con éste, y decisiones sobre la reubicación de la familia en países transfronterizos. Esto es así porque es el tribunal que tiene los vínculos más estrechos con el menor. Esto puede dar a algunos prácticos que han sido analizados en la Primera Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctica del Convenio de la Haya de 1980m sobre Sustracción de Menores y del Convenio de la Haya de 1996 sobre Protección de Niños en juicio del 2011, así como en el Documento Preliminar de 13 de Noviembre de 2011.

Y, por otro lado, respecto a la ley aplicable, hay que centrarse en la posibilidad de que las leyes de distintos Estados sean aplicables al caso. La ley aplicable al caso particular depende de los tratados internacionales, regionales o bilaterales en vigor en los Estados pertinentes y, ante la ausencia de tales tratados, las normas nacionales pertinentes en materia de conflicto de leyes. Si el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños es aplicable al caso en cuestión, de conformidad con dicho convenio, el tribunal que goza de competencia respecto de las cuestiones de fondo de custodia en la situación inmediata de sustracción de menores (tribunal del Estado requirente), como principio general, aplicará su propia ley.

Con respecto a otras cuestiones, la competencia y la ley aplicable pueden variar según las circunstancias del caso y de las normas de Derecho Internacional Privado aplicables al caso.

B. El uso de la mediación para prevenir la sustracción internacional de menores

El promover acuerdos voluntarios y facilitar la mediación en relación con los asuntos de custodia o contacto/visita puede ayudar a evitar sustracciones ulteriores. Hay que verlo como una medida preventiva. Se pueden considerar las ventajas de proporcionar la mediación de especialistas para parejas con relaciones interculturales.

C. Otros procesos para lograr acuerdos amistosos

Además de la mediación debería alentarse el uso de otros procesos para lograr acuerdos amistosos en las controversias familiares internacionales relativas a los menores. Los procesos para dar lugar a acuerdos amistosos disponibles para los casos nacionales sólo deberían considerarse para su uso en las controversias familiares internacionales, si es posible su adaptación a las necesidades especiales de las controversias internacionales. Los Estados deberían de proporciona información sobre los procesos para lograr acuerdos amistosos disponibles en su jurisdicción para los casos de sustracción internacional de menores.

En primer lugar, la conciliación. La lleva el juez de turno en el curso de un proceso judicial. En la mediación, el tercero neutral no puede ser una persona que se encuentre en posición de tomar una decisión por las partes; el mediador sólo facilita la comunicación entre las partes ayudándolas a encontrar por sí mismas una resolución de su controversia. Por el contrario, en la conciliación, el tercero neutral, por lo general, tiene mucha más influencia en la solución del conflicto. La conciliación se utiliza en procesos de divorcio y en procesos relativos a la responsabilidad parental.

En segundo lugar, la coordinación de la crianza de los hijos. Se emplea mucho en Estados Unidos para los casos de custodia y derecho de visita altamente conflictivos cuando los progenitores ya hayan demostrado, en forma recurrente, su incapacidad e cumplir con las órdenes judiciales o los acuerdos parentales o su renuncia a hacerlo. En este proceso, un profesional de la salud mental o un jurista con formación y experiencia en mediación ayuda a los progenitores altamente conflictivos a desarrollar su plan de crianza de los hijos facilitando la resolución oportuna de sus controversias, instruyendo a los progenitores respecto de las necesidades de los menores, y con previa aprobación de las partes y/o tribunal, tomando decisiones dentro del alcance de la orden judicial. El coordinador de la crianza de los hijos es designado por el tribunal competente para los procesos de custodia.

En tercer lugar, la evaluación temprana neutral. En este caso, las partes reciben la evaluación pericial no vinculante de su situación jurídica, con posterioridad a la cual se les da oportunidad de negociar un acuerdo amistoso. Se emplea en Estados Unidos, es llevada a cabo por uno o varios expertos y es confidencial.

En cuarto lugar, el derecho colaborativo. Las partes son asistidas por abogados colaborativos que emplean técnicas de negociación de solución de problemas en función de sus intereses para resolver la controversia sin recurrir a los tribunales. Cuando se llega a acuerdo alguno y la cuestión debe resolverse en un proceso judicial, los abogados colaborativos se encuentran inhabilitados para continuar la representación y, es por ello entonces, que las partes necesitan una nueva representación en dicho caso. Se emplea mucho en Estados Unidos.

Y, en quinto lugar, el derecho cooperativo. Sigue los principios del modelo de derecho colaborativo, excepto en lo que se refiere a la inhabilitación de los representantes cuando la cuestión debe someterse al entendimiento de un tribunal.

D. El uso de la mediación y otros procedimientos análogos para lograr una solución amigable en casos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya

Debería alentarse el uso de la mediación y otros procedimientos análogos que den lugar a acuerdos amistosos en las controversias familiares internacionales que involucren a menores y, en especial, casos de sustracción de menores, a los cuales no se aplica el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores ni otros instrumentos equivalentes.

Los Estados deberían promover el establecimiento de estructuras de mediación para esos casos. En particular, los Estados deberían considerar la designación de Puntos de Contacto Centrales para la mediación internacional en materia de familia a fin de facilitar la divulgación de información sobre la mediación y otros servicios relacionados disponibles, sobre la promoción de las buenas prácticas relativas a la formación especializada para la mediación internacional en materia de familia y sobre el proceso de mediación internacional. Al mismo tiempo, se debería prestar asistencia para tomar vinculantes los acuerdos de mediación en los sistemas jurídicos pertinentes.

Cuando sea necesario, los países deberían analizar la conveniencia de incorporar disposiciones regulatorias o legislativas a efectos de la ejecución de los acuerdos de mediación.

Cuando las controversias familiares internacionales relativas a los menores involucren a dos Estados entre los cuales no esté en vigor ni el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, ni el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños ni otro marco jurídico internacional o regional pertinente, la mediación u otros procesos que den lugar a acuerdos amistosos pueden ser el único recurso y la única manera de ayudar a los menores.

CONCLUSIÓN

Se constata la gran utilidad de la mediación como una vía de solución de controversias que genera una serie de efectos positivos, como por ejemplo la facilitación de la recuperación del menor de manera voluntaria o la obtención de otra medida de protección de los menores. Por lo tanto, es recomendable tener presente la propuesta de los expertos (prevista en el Anexo II de la Guía) a los Estados pactantes tanto del Convenio de La Haya de Sustracción de Menores del año 1980 como del Convenio de Protección de Menores de 1996, fundamentándose en la ventaja de conocer conflictos familiares que no cabría conocer en sede judicial.

En particular, podemos asegurar que las autoridades nacionales juegan un papel importante a la hora de fomentar el uso de dicha medida a través de la proporción de información necesaria a las partes, manifestando la utilidad de la mediación tanto en la restitución del menor como en otras medidas de protección del

mismo. Así mismo, los Jueces son una pieza clave al poder incentivar a las partes a utilizar este medio como vía de solución de las controversias, ya sea durante el proceso o incluso en la ejecución, debido a que se aprecia que es menos perjudicial, desde el punto de vista psicológico, al tener muy presente el interés prevalente del menor en sentido amplio. Además, si se emplea debidamente supone un importante ahorro económico y de tiempo.

Entre los factores más importantes para que la mediación culmine con éxito es que los mediadores se encuentren debidamente formados, así como, que el acuerdo que se obtenga como consecuencia del fin del proceso tenga eficacia jurídica, para lo cual tanto competencia judicial y el derecho aplicable debieron ser determinados correctamente desde un principio.

En fin, la mediación es una herramienta eficaz con la cual se pretende evitar la pérdida del arraigo familiar en base a un efectivo restablecimiento del contacto entre el menor y el progenitor perjudicado, donde se tienen presentes las circunstancias del caso para poder determinar el tipo de mediación que resulte eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

JÓHANSSON, J.: *El boletín de los jueces sobre la protección internacional del niño - tomo xv / otoño 2009 enfoque especial, la red internacional de Jueces de La Haya - rol y funciones de un juez de la Red de La Haya*. THEMA 2.

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

Proyecto de Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en su Quinta Parte – Mediación. Redactado por la Oficina Permanente de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños. <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd05s.pdf>

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Publicado en «BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012, páginas 49224 a 49242

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112

GONZALO QUIROGA, M. / BAZAGA FERNÁNDEZ, I. / VENTAS SASTRE, R. -*Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Librería-Editorial Dykinson, 2006.

J. HENRI BOUCHÉ PERIS, J. H. / HIDALGO MENA, F. L. / ÁLVAREZ GONZÁLEZ, B. *Mediación y orientación familiar*. Librería-Editorial Dykinson, 2006.

IV. Jurisprudencia y sustracción internacional de menores

© Alfredo Hernández Hernández/Victor Julián Pascual/Alicia Iglesias Barroso/Marta Montero Parra/Paula González Álvarez/Javier López Zurdo/Javier Medina Molinero/Linda Guerra Henríquez

A continuación realizaremos un recorrido por la jurisprudencia más relevante en materia de sustracción internacional de menores que ha sido dictada por instancias judiciales que, además de vinculantes para el Estado español, son competentes, a través de diferentes vías, para dictar resoluciones en esta materia: bien porque se trate de tribunales nacionales, del orden civil (Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo) y del constitucional (Tribunal Constitucional), o bien porque sean dictadas por tribunales supranacionales, en virtud de la cesión de competencias hecha a la Unión Europea (Tribunal de Justicia) o en virtud de las obligaciones asumidas en Tratados y Convenios Internacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

1. JURISPRUDENCIA ORDINARIA ESPAÑOLA: Resoluciones del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales

Desde el punto de vista de la Jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores en los últimos diez años, vamos a encontrar su articulación atendiendo sobre todo a tres instrumentos internacionales:

- Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980
- Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980.
- Reglamento (CE) 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003.

Respecto a la aplicación de estos instrumentos, nos vamos a encontrar en primer lugar que el Convenio de Luxemburgo ya apenas se aplica, una de sus muestras puede contemplarse en el **Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006**, el auto va a resolver al respecto del reconocimiento por homologación derivado de una sentencia dictada por tribunales italianos debiendo, el Tribunal Supremo, dictar un pronunciamiento simplemente declarativo. Se otorga la homologación de la sentencia con el fin de que posteriormente se conceda el exequatur, que le dé efectos ejecutivos. Por lo tanto en consecuencia, va a ser aplicado el Convenio de

Luxemburgo de 1980, de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y de restablecimiento de dicha custodia, el cuál desplaza a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, aplicable en materia de exequatur y también va a desplazar a otro Convenio Hispano- Italiano de 22 de mayo de 1973, sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil, atendiendo a los principios de especialidad y de favorecimiento al exequátur.

Los particulares van a preferir utilizar la acción directa de retorno del menor contenida en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 siendo más eficaz y rápido que el exequatur contenido en el Convenio de Luxemburgo. Además desde la entrada en vigor el 1 de marzo de 2005, del Reglamento 2201/2003 no es aplicable el Convenio de Luxemburgo entre Estados de la Unión Europea, por lo tanto se ve muy reducida su aplicación, teniendo escasas sentencias, y como una muestra la anteriormente mencionada.

Respecto al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 hay que tener en cuenta que es muy utilizado en la práctica, predominando sobre el Convenio de Luxemburgo en ciertos casos, como en la materia de restitución del menor y se aplica coetáneamente al Reglamento (CE) nº 2201/2003, dependiendo si los estados implicados forman parte de la Unión Europea o no.

Con respecto al Reglamento (CE) nº 2201/2003, nos vamos a encontrar, atendiendo a nuestra visión de estas leyes desde su aplicación jurisprudencial, que las resoluciones judiciales más relevantes van a ser las que dicta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, siendo ahora el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por último y de forma residual, en el caso de que no se aplicase el Reglamentos, si es entre relaciones con estados no miembros de la Unión Europea se atenderá a Convenios Internacionales bilaterales como multilaterales. En último caso atendiendo a España, habría que aplicar en el caso de que ninguna norma jurídica internacional contemplase la materia a tratar, se tendría que aplicar la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ante la concurrencia de instrumentos jurídicos vamos a tener en cuenta la interpretación jurídica que hace el Tribunal Supremo en torno a la relación entre los diferentes instrumentos legales internacionales, donde el mencionado **Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006** hace una enumeración de los instrumentos teniendo presente la materia del exequatur, donde primero se va a aplicar el Convenio de la Haya de 1980, predominando frente al Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 y predominando este frente a Convenios bilaterales, firmados entre países, en este caso España-Italia, y por último predominando frente a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo tanto dentro de los asuntos que recogen las normas anteriormente tratadas, vamos a hacer un estudio más detallado del derecho de custodia. A este respecto debemos mencionar una serie de resoluciones que se han dictado en España en su gran mayoría por las Audiencias Provinciales españolas aplicando el Convenio de La Haya de 1980, del cual los tribunales españoles han llevado a cabo una interpretación variada atendiendo a los diferentes matices que contiene el “derecho de custodia”.

1.1.Resoluciones cuya interpretación es ajustada al Convenio de la Haya de 1980.

Cabe hacer mención al **Auto dictado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife el 12 de mayo de 2008**, por el que se considera procedente la restitución de una menor a Francia. En este caso partimos de la existencia de una sentencia francesa que ha establecido, junto a un derecho de visita en favor del padre, que la niña resida en el domicilio de la madre en Francia, sin que este domicilio pueda modificarse sin consentimiento del padre o resolución judicial. De este modo, el hecho de que la madre de la menor de forma unilateral decida trasladarse a España con su hija entraña una infracción del derecho de custodia del padre en el sentido del Convenio de la Haya de 1980, viéndose el Tribunal obligando a calificar este traslado como ilícito. No obstante, en este caso también se precisa la definición de “traslado o retención ilícitos de un menor” conforme al artículo 2.11.b del Reglamento 2201/2003, conforme al cual *“Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”*, confirmándose así las palabras del Tribunal.

También destaca el Auto de la **Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de abril de 2006**, en el cual, tras la retención en España de dos menores por parte de su madre sin consentimiento del padre, se confirma la restitución de los mismos a su padre en Alemania, al considerarse este un hecho ilícito por infringir el derecho de custodia que a ambos progenitores les era reconocido legalmente.

En este sentido, aunque el Tribunal señala que el concepto de custodia recogido en los arts. 3 y 5 del Convenio de la Haya de 1980 es *“muy amplio, en tanto comprende el ámbito propio del cuidado y atención del menor y el derecho de decidir sobre su lugar de residencia”*, la separación de hecho anterior al viaje a España invocada por la madre no entrañaría la atribución a ésta de la custodia con el derecho a decidir el lugar de residencia de sus hijos, pues además, el Tribunal considera que habría igualmente infracción del derecho de custodia *“en aquellos supuestos en que existiendo una resolución judicial en que se atribuye la custodia a uno de los progenitores, y un derecho de visita al otro, el progenitor custodio traslada la residencia de los menores a*

otro país, sin el consentimiento del otro, cuando no se le ha atribuido el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos”. Finalmente, la Audiencia Provincial concluye que la alegación de la madre para justificar el retorno de los menores debe invocarse a través de la concreción de dicho retorno en las excepciones admitidas por el Convenio de la Haya, aunque para este caso concreto no serán aplicables.

Sin embargo, en el **Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19 de diciembre de 2008**, a pesar de estar ante un supuesto de traslado ilícito de la menor a España, partiendo del interés de la misma, se considerará la excepción a la restitución de dicha menor a Alemania en virtud del artículo 12 del mencionado Convenio, al haber transcurrido más de un año desde el traslado y encontrarse la menor integrada en su nuevo medio.

Si bien es cierto que, los motivos alegados por el Juez alemán para afirmar la falta de ejercicio del derecho de custodia por parte del padre de la menor no serán correctos, y de ahí que la Audiencia Provincial de Las Palmas lleve a cabo una corrección de sobre dicha, sosteniendo que el hecho de que el padre visite a su hija una vez por semana si supone un cumplimiento regular de las visitas y por tanto correlativamente un ejercicio efectivo del derecho de custodia.

A este respecto cabe ser señalado que, en casos de traslado o retención ilícitos, como el mencionado anteriormente, el incumplimiento de los plazos establecidos en la legislación procesal española es con frecuencia la causa debido a la cual no puede aplicarse la regla del artículo 12 del Convenio de la Haya, que dispone la restitución inmediata del menor si en la fecha de iniciación del procedimiento no ha transcurrido un año desde el traslado o retención. Un ejemplo en este sentido sería el que encontramos en el **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de mayo de 2004**, en la cual el Tribunal califica el traslado como ilícito en atención a los términos establecidos en el Convenio de la Haya, sin embargo, el Tribunal también debe confirmar la resolución inicial de no retorno de la niña a Colombia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 b del Convenio, ya que la menor tenía dos años y medio al llegar a España y han transcurrido más de cinco años desde entonces, por lo que existe un grave riesgo de que en caso de restitución se exponga a la misma a un sufrimiento psíquico muy importante debido a la ruptura de su entorno social.

Sin embargo, en contraposición al Auto anteriormente explicado, aunque en ambos autos nos encontremos ante la situación de un traslado ilícito a España de una menor, en el Auto emitido por la **Audiencia Provincial de Barcelona el 16 de abril de 2009**, se entiende que dadas las circunstancias del concreto supuesto, el retraso en la resolución del expediente no puede perjudicar los intereses de la parte amparada por el Convenio, es decir, de la menor sustraída, lo que conlleva a confirmar el retorno acordado por el Juez a Estados Unidos.

Por su parte, también existen otros autos como el **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de septiembre de 2005**, el **Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 3 de mayo de 2005**, el **Auto de la Audiencia Provincial Las Palmas de 10 de marzo de 2009** o el **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de enero de 2010**, en los cuales se excluye del procedimiento de restitución el debate sobre las cuestiones de fondo relativas al derecho de custodia, estableciendo que las mismas deben decidirse por los órganos judiciales del Estado de la residencia habitual del menor, de modo que el procedimiento se encamina sólo a la determinar el carácter lícito o ilícito del traslado o retención, de manera que en el caso de traslado ilícito pueda ordenarse el retorno del menor, a menos que concurra alguna de las excepciones previstas por el Convenio de la Haya.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 3 del Convenio de la Haya, la verificación de la existencia de un derecho de custodia debe efectuarse con arreglo a la Ley del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, destacando en este sentido el **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de septiembre de 2010**

Para terminar, cabe hacer mención también a otras resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales españolas que llevan a cabo la correcta aplicación del Convenio de la Haya, como un Auto de la AP de Zamora, de 30 de diciembre de 2003, un Auto de la AP Barcelona, de 16 de abril de 2004, y un Auto de la AP de Almería, de 30 de abril de 2004.

1.2. Resoluciones cuya interpretación del derecho de custodia se acomoda al Derecho español.

Una resolución característica de este segundo grupo podría ser el **Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 24 de julio de 2003**, en el cual se confirma la denegación del retorno de dos menores a Inglaterra acordada por el Juez de primera instancia. Nos encontramos ante un caso en el que con anterioridad se había dictado en Inglaterra una sentencia de divorcio en la que se atribuía la custodia a la madre y se establecía un derecho de visita para el padre; a lo que después sigue el intento sin éxito por parte de la madre de conseguir una autorización de los tribunales ingleses para trasladarse con sus hijos a España. Sin embargo, a pesar de la falta de autorización y sin consentimiento del padre esta lleva a cabo el traslado, incurriendo en un traslado ilícito de acuerdo con el Convenio de la Haya.

En cambio, la Audiencia Provincial de Castellón entiende, respaldando el criterio del Juez, que es la madre la que se hace cargo y cuida de los menores con arreglo a la sentencia de divorcio, y que por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio, no existe obligación de ordenar la restitución.

En este sentido podríamos afirmar que el Tribunal no interpreta correctamente el concepto de derecho de custodia, como prueba la alteración que se introduce en el texto del artículo 13 utilizado por la Audiencia Provincial, ya que según esta, “el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución si la persona que se opone a la misma demuestra que la persona que se hubiera hecho cargo del menor ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado”, por lo que en los términos del caso, el tribunal considera que la madre ejercía efectivamente el derecho de custodia, no teniendo por tanto la obligación de restituir; mientras que conforme a la interpretación del Convenio de la Haya, *“no habrá obligación de restituir si el que se opone demuestra que el solicitante, que tiene derecho de custodia en el sentido del Convenio, no lo ejercía en dicho momento de modo efectivo”*, de modo que en este caso sería necesario, primeramente, que la progenitora demostrara que el padre, el cual también tiene el derecho de custodia, no lo ejercía de modo efectivo; debiéndose señalar, además, que dicha prueba en las circunstancias concretas podría resultar costosa, de modo que tendría que haberse ordenado la restitución de acuerdo al citado Convenio.

Así pues, podríamos concluir que la respuesta de la AP de Castellón contiene graves errores, como el relativo a la Ley aplicable, ya que conforme al artículo 3 del Convenio de la Haya, la existencia de un derecho de custodia debe verificarse con arreglo al Derecho del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado, por lo que en el caso estaríamos hablando del Derecho inglés, el cual reconoce al padre el derecho a decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos y sin embargo, el tribunal entiende que *“el juez español no está sujeto al Derecho inglés sino al Ordenamiento jurídico español, dentro del cual se encuentran los Tratados internacionales ratificados por España”*, considerando que, dadas las diferencias entre las instituciones de los sistemas jurídicos español e inglés, *“el juez español tiene que interpretar el concepto de custodia conforme a nuestro Ordenamiento”*. Y a pesar de que la Audiencia Provincial de Castellón reconoce que, efectivamente, el Convenio de la Haya contiene disposiciones acerca del concepto de custodia, no atiende a las mismas y por el contrario resuelve según el Derecho español, lo que no se ajusta a los criterios vigentes sobre aplicación de los Tratados.

Pero además también comete un segundo error, pues lejos de limitarse a valorar la procedencia o improcedencia de la restitución, el Tribunal entra en la cuestión de fondo al afirmar que el padre no quiere la guarda y custodia de sus hijos, no obstante, lo que el padre quiere es que sus hijos regresen al Estado de su residencia habitual para poder relacionarse con ellos como antes de la sustracción, de acuerdo con las resoluciones dictadas y que puedan dictar los Tribunales ingleses, y dicha pretensión encuentra amparo en el Convenio de la Haya.

En este sentido, otra resolución destacable también sería la dictada por la **Audiencia Provincial de Valencia el 17 de enero de 2006** en el denominado “**Asunto Carrascosa**”, caso que recibió especial atención de los medios de comunicación españoles.

Nos encontramos ante el caso de una menor nacida del matrimonio entre una española y un norteamericano, ambos con residencia habitual en los Estados Unidos, los cuales tiempo después deciden separarse acordando con arreglo al Derecho de su residencia habitual, que en este caso era el Derecho de Nueva Jersey, que su hija menor quedara al cuidado principal de su madre y que el padre tuviera el cuidado de la misma fines de semana alternos y una tarde semanal, además de establecer finalmente que ninguno de los progenitores podía viajar con la niña fuera de una determinada región sin el consentimiento del otro.

Así pues, se podría afirmar que el viaje de la niña a España sin consentimiento de su padre constituye un traslado ilícito de acuerdo con los artículos 3 y 5 del Convenio de la Haya, pues infringe el derecho de custodia que el padre venía ejerciendo de modo efectivo hasta ese momento.

Sin embargo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, aunque sí hay aplicación de dichos artículos, la misma no es correcta, ya que:

- Por un lado suprime parte del texto del artículo 3 CLH, haciendo desaparecer el tribunal en su resolución la referencia a la atribución de pleno derecho. Y sin embargo, en el presente caso hay, efectivamente, atribución de pleno derecho del cuidado de la hija al padre y a la madre, acordando ambos ejercerlo de la forma mencionada.
- Y por otro lado, el tribunal no atiende en su resolución al artículo 5 del CLH, pues a efectos del mismo el derecho de custodia comprende “*el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia*”, lo que permite afirmar que el padre, que goza de ambos derechos según el Derecho de Nueva Jersey, tiene derecho de custodia. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia basa su razonamiento exclusivamente en el acuerdo, y entiende:

i. En primer lugar, que en la medida en que son reducidos los periodos de permanencia del padre con la menor, se atribuye la custodia a la madre. No obstante, aquí es necesario resaltar que la interpretación es errónea, ya que se inspira en el Derecho español, y resulta contraria a la finalidad del CLH, que no es la de proteger al progenitor que tiene “más custodia” sino la de proteger, en ausencia de acuerdo, el derecho del menor a mantener su relación con los dos progenitores en su entorno habitual.

ii. Y en segundo lugar, considera el acuerdo como nulo por limitar el derecho a la libre elección de residencia, estimando por tanto que el pacto que exige el consentimiento del otro progenitor para viajar con la niña fuera de su región de residencia, es contrario al orden público español.

En definitiva, en base a estos dos argumentos la Audiencia Provincial confirmó la denegación del retorno acordada por el Juez, lo cual ocasionó una lamentable situación, ya que al no haber sido apreciado por los jueces españoles, conforme al Convenio de la Haya, el carácter ilícito del traslado y ordenado el retorno de la menor a Estados Unidos, se dio paso a que la menor afectada se encontrara en España sin tener relación con sus dos progenitores, ambos en Estados Unidos, estando además la madre en prisión con una condena de 14 años de cárcel (habiendo cumplido actualmente ya 7 años en prisión).

No obstante, existen otros autos como el **Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 18 de septiembre de 2006**, en el que la Audiencia, *“atendiendo al valor que la ley reconoce a las presunciones judiciales”*, concluye que *“dada la ruptura de hecho del matrimonio, con domicilio distinto, la liquidación y reparto del patrimonio común, el traslado a Canarias de la madre y el hijo se hizo con consentimiento del padre que precisamente es el que los acompaña y lleva personalmente al aeropuerto”*, añadiendo además que el padre no se ha interesado en ningún momento por la custodia del menor, y más bien se ha desentendido de ella, la finalidad que perseguiría iría más bien dirigida al derecho de visita. Si bien es cierto que dicho razonamiento no se ajusta al Convenio de la Haya, el cual se refiere al derecho de custodia en un sentido amplio que comprendería el derecho que aquí reclama el padre, y que no permite, como se ha dicho, entrar en la cuestión de fondo.

También hay otros autos que coinciden en considerar, haciendo un uso desvirtuado del lenguaje del Derecho español, que la atribución de la custodia a uno de los progenitores y un derecho de visita al otro supone que sólo el primero tiene derecho de custodia de acuerdo con el Convenio, como es el caso del **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de febrero de 2005**, y el **Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 11 de septiembre de 2006** o el **Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, de 30 de abril de 2007**.

1.3.Resoluciones cuya interpretación del convenio en beneficio del sustractor.

Finalmente, también existe un reducido número de resoluciones españolas que llevan a cabo una incorrecta interpretación del Convenio de la Haya, las cuales invierten los términos del mencionado artículo 5, de tal modo que si el artículo 5 protege, en interés del hijo, los derechos del progenitor que sufre la sustracción, algunos autos resuelven en contra de los fines del Convenio, beneficiando al progenitor sustractor.

Un ejemplo en este sentido sería el **Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 3 de marzo de 2008**. En este caso, partimos de la existencia de una sentencia mexicana de divorcio que atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija menor. De forma posterior, la madre viaja con la menor a España sin la oposición del padre, el cual consiente la expedición del pasaporte de la niña, sin embargo, retenida la menor en España por la madre, el padre pide su retorno a México, a lo que la Audiencia Provincial de Las Palmas responde confirmando la denegación de la restitución acordada por el Juez.

Para el Tribunal, el cual se remite a un **Auto dictado con anterioridad por la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 15 de octubre de 2002**, la atribución de la guarda y custodia no condiciona la libertad deambulatoria de la madre, considerando que incluso puede mudar su domicilio al extranjero, y además añade que *“Como argumenta la sentencia de instancia, el contenido fundamental del derecho de custodia, como expresamente hace constar el convenio, es decidir sobre el lugar de residencia de la menor. Por ello, quien decide sobre dónde ha de residir la menor en su compañía no es quien ostenta también la patria potestad, como confunde la apelante, sino quien ostenta la guarda y custodia exclusiva, ni siquiera compartida, en este caso la madre”*. Continúa la Audiencia considerando que, conforme al Convenio *“para que haya podido existir retención ilícita, es necesaria la infracción de un derecho de custodia atribuido en este caso por sentencia a la madre, si ha sido ésta la que ha procedido al traslado, difícilmente puede ser éste ilícito si tiene atribuida la guarda y custodia, ni por tanto existir retención”*.

De acuerdo a esta interpretación, efectivamente se da como consecuencia la inversión de los términos del Convenio de la Haya, pues el mismo es utilizado para consagrar la sustracción efectuada en lugar de para proteger el amplio derecho de custodia que en él se configura. De modo que, en contraste con la interpretación de la Audiencia Provincial de Las Palmas, lo que hace el Convenio es confirmar que el padre goza de derechos sobre su hija, con independencia de la atribución exclusiva de la guarda y custodia a la madre, por lo que si el padre tiene derecho a decidir el lugar de residencia de su hija, tiene derecho de custodia en el sentido del Convenio.

Igualmente, otros dos autos de la **Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife** incurren en la interpretación equivocada del Convenio de la Haya:

- En el primer auto, **de 22 de noviembre de 2006**, la Audiencia entiende que no se ha producido retención ilícita del menor en España, por lo que no procede su restitución a Venezuela. El tribunal considera que de acuerdo con lo establecido en la sentencia dictada en dicho país, corresponde a la madre el derecho de custodia, lo que según el Convenio de la Haya comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, de manera que *“si la madre ha decidido fijar su residencia con su hijo en España, con ello no se ha vulnerado el derecho para cuya satisfacción se prevé la restitución, sino solo el derecho de visita del*

padre". Así pues, se hizo caso omiso a la insistencia del Abogado del Estado en que el Convenio *"no solo protege el derecho de custodia, sino también el de visitas, concebido como derecho-deber tanto del padre como del hijo"*, confirmando finalmente el tribunal la denegación del retorno.

- En el segundo auto, **de 29 de julio de 2009**, la Audiencia Provincial se remite a un auto previo, el anteriormente explicado Auto de 22 de noviembre de 2006. De nuevo la Audiencia confirma la denegación de retorno de dos niñas a Venezuela, aunque en este caso se añade otro elemento, y es que dice el tribunal que la voluntad de la madre sustractora fue la *"búsqueda de un entorno distinto para sus hijas"*; *"nunca fue su ánimo perjudicar al padre"*, elemento que por otro parte no aparece reglamentado en el Convenio de la Haya.

Ahora bien, tras concluir con la clasificación de las resoluciones dictadas por las distintas Audiencias Provinciales españolas, podemos analizar una última valoración llevada a cabo en los autos correspondientes a los grupos segundo y tercero, los cuales justifican la actuación del progenitor sustractor en el derecho fundamental a la libre elección de residencia garantizado por el artículo 19 de la Constitución española.

Para llevar a cabo dicha interpretación partimos de lo dispuesto en el art. 20 del Convenio de la Haya: *"La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"*. Dicho artículo sustituye a la cláusula de orden público usual en los convenios de la Conferencia de La Haya, y trata de restringir al máximo la posibilidad de denegar el retorno, es decir, no basta cualquier principio, debe tratarse de principios fundamentales relacionados con la protección de esos derechos y libertades.

No obstante, en España algunos jueces han recurrido a los derechos fundamentales de manera confusa, como por ejemplo en el **Auto de 29 de julio de 2009, en el que la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife** entiende que si la sentencia que atribuye la custodia al progenitor limitara la libertad deambulatoria del mismo, esto vulneraría el orden público del Estado español y en concreto el artículo 19 CE.

Por su parte, en el **Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de septiembre de 2006**, se señala que la madre inglesa que se traslada a España con su hija hace *"uso del derecho que el nuevo marco de la Unión Europea facilita a los ciudadanos de los Estados miembros de circular y residir en cualquiera de ellos"*.

A este respecto, debemos señalar que el excesivo uso de esta causa de no restitución provocó que el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental modificase la aplicación del Convenio de 1980 entre los Estados Miembros y limitase enormemente

entre ellos el uso del motivo de no retorno del artículo 13 b), encontrándose el límite en los números 4 y 8 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003.

Sin embargo, pese al intento de reforzar la eficacia del sistema de restitución entre los Estados miembros se sigue verificando que la causa de oposición a la misma contenida en el artículo 13 b) continúa utilizándose de manera excesiva, como en el ya mencionado Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de septiembre de 2006 o en el Auto 100/2006 de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de junio de 2006.

Y finalmente, si de nuevo prestamos atención al famoso ***“Asunto Carrascosa”***, Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de enero de 2006, vemos cómo se lleva a cabo una interpretación equivocada del derecho de custodia acomodado al Derecho español, ignorando así la existencia del pacto celebrado de acuerdo con el Derecho de Nueva Jersey, Estado de la residencia habitual de la menor, pacto que implicaba que el padre y la madre comparten el derecho a elegir el lugar de residencia de la niña.

Por su parte, la Audiencia reconoce que cuando María José Carrascosa trae a su hija a España incumple dicho pacto, no obstante confirma la denegación del retorno acordada por el Juez en atención al artículo 20 del Convenio de la Haya, considerando de este modo que el acuerdo entre los cónyuges *“sólo puede ser considerado como una declaración de intenciones, por cuanto no cabe sanción alguna por su incumplimiento, en cuanto se trata de un acuerdo limitador del derecho fundamental contenido en el art. 19 de la Constitución, que garantiza a todos los españoles el derecho a elegir libremente su residencia y cuya expresión en el convenio no puede considerarse válida”*. Y añade el tribunal que *“la inconciliabilidad de esa cláusula limitativa de derechos fundamentales con el Derecho Español, bajo el régimen autónomo de la LEC, constituye motivo de orden público procesal y desde el prisma del Convenio y de su art. 20, justificación de la denegación de la restitución interesada”*.

Como resultado, esta argumentación deberá entenderse inaceptable, pues aunque el derecho a la libre elección de residencia es un derecho fundamental, tiene límites. De modo que la madre, efectivamente, tiene derecho a elegir su lugar de residencia, pero no acompañada de su hija, por lo que el traslado a España que realiza debe entenderse como un traslado ilícito al infringir el derecho de custodia del padre, tal y como se configura en el Convenio de la Haya, procediendo entonces acordar el retorno de la menor a Nueva Jersey, su residencia habitual, para que allí se adopten las medidas adecuadas.

Conclusiones:

Del análisis jurisprudencial realizado resulta, en primer lugar, la necesidad de clarificar el alcance del derecho de custodia protegido por el Convenio de la Haya, debiendo precisarse que el “derecho de custodia” existe siempre que al progenitor le corresponde un tiempo para tener al menor en su compañía y por tanto, debería interpretarse el derecho de custodia en un sentido amplio, considerando que la custodia es ejercida conjuntamente cuando, en virtud de una resolución uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

De este modo, la sustracción internacional de un menor, como conducta antijurídica no puede ser ampararse ni justificarse en el ejercicio de un derecho fundamental como es elegir el lugar de residencia, pues dicha cuestión, además, provocaría el incumplimiento del propio Convenio de la Haya de 1980. Y por otro lado, tampoco podría desvincularse el ejercicio de ese derecho fundamental de los intereses del menor, los cuales pueden verse profundamente afectados en un ejercicio irresponsable de dicho derecho fundamental. Así pues, en ningún caso sería correcta la interpretación de los Tribunales que consideren que no hay sustracción por haberse realizado el traslado por el progenitor que tienen el derecho de custodia, asignándole de este modo el derecho a decidir el lugar de residencia de los menores e impidiendo al otro progenitor, en una incorrecta interpretación del art. 5 CLH, alegar la infracción de este derecho de custodia, justificando así la vulneración del Convenio en el propio Convenio.

2. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: Resoluciones del Tribunal Constitucional

Al contrario de lo que suele ocurrir en la mayor parte de los asuntos que atañen al ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia del intérprete supremo de la Constitución en relación al tema sobre el que versa este seminario, hemos de decir que es realmente parca por dos razones esenciales. La primera es evidente: los Convenios o Tratados internacionales de los que España es parte han pasado necesariamente por los controles de los artículos 93 a 96 contenidos en el Capítulo III del Título III de la Carta Magna, que incluyen incluso un control previo de constitucionalidad, por lo que plantear a posteriori una cuestión de constitucionalidad sobre un precepto legal incluido en los mismos no parece tener demasiado sentido.

La segunda, que la norma suprema del ordenamiento jurídico español data de 1978. Sin embargo la problemática de la sustracción internacional de menores comienza a desarrollarse en suelo español a mediados de los noventa, impulsada en especial por el movimiento migratorio venido del norte de África y de la América de habla hispana y que arrastraba consigo objetivos que iban mucho más allá de obtener

un simple trabajo, como lo era por ejemplo obtener la protección jurídica otorgada por la entonces Comunidad Europea.

Esta coyuntura era muy difícil de prever para el legislador constituyente, que elaboró un *numerus clausus* de Derechos y Libertades relacionados con las circunstancias sociopolíticas heredadas por la España de la Transición, y en los que resulta extraordinariamente difícil hallar o argumentar una inconstitucionalidad en esta situación, que en esencia se basa en un fraude de ley que, como tal, es aparentemente legal, pero que en la práctica esconde un secuestro que busca que uno de los progenitores no vuelva a poder tener contacto alguno con su hijo.

Por ello, los pocos recursos de amparo planteados tienen muy poco tino en su contenido, basándose esencialmente en la vulneración al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y al Derecho a la Patria Potestad que pocas veces eran siquiera admitidos a trámite y que en algunos casos, como el de Tapia Gasca, parecían pretender más bien agotar los recursos jurisdiccionales internos para así poder acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mejor situado y más especializado para resolver sobre asuntos relacionados con los Convenios Internacionales más actuales y pensados precisamente en la solución del problema.

Entre los pocos posicionamientos del Tribunal destacan los siguientes:

2.1.Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2002: Caso Malgorzata Kolarz.

Siendo uno de los pocos asuntos en los que el Constitucional ha concedido Amparo, la demandante (Malgorzata Kolarz), de origen polaco, había contraído matrimonio en su país natal y fruto del mismo había tenido una hija. Posteriormente se trasladó en solitario a España, dejando a la pequeña en su tierra al cuidado de su padre. Sin embargo, un par de años más tarde promovió un proceso de divorcio.

En el marco de dicho procedimiento, los tribunales polacos acordaron de forma cautelar que durante la tramitación del pleito la custodia estaría en poder del padre, añadiendo asimismo la prohibición expresa a la madre de sacar a la niña del territorio polaco sin previa autorización de la autoridad judicial competente. Una orden que, por contra, no fue óbice para que unos meses más tarde, Malgorzata regresase a España acompañada de la menor. Un hecho que, evidentemente, motivó que el progenitor comenzase una batalla judicial contra su todavía esposa para que ésta le devolviese a la hija que tenían en común, con el telón de fondo del Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Tras haber pedido las actuaciones intergubernamentales oportunas, hasta el punto de tener que intervenir las autoridades españolas, el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid (autos 854/98) acordó que la pequeña había sido trasladada a España *“ilegalmente por parte de su madre, por lo cual, dicha menor*

deberá ser reintegrada a Polonia bajo la custodia de su padre, atribuida por el Tribunal Provincial de Tarnow, para que éste resuelva en el correspondiente procedimiento de divorcio". Una resolución que evidentemente fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid de cuya respuesta a la misma versó el recurso de Amparo.

La Audiencia no argumentó su decisión y simplemente alegó atender a la finalidad perseguida en el Convenio de la Haya como era *"la de conseguir con la máxima urgencia la restitución del menor ilegalmente trasladado de su país de origen"* a lo que añadió que *"el recurso de apelación sólo produce efectos devolutivos y nunca suspensivos"* (LEC de 1881) por lo que si la menor era devuelta a Polonia antes del pronunciamiento del Tribunal ad quem *"la decisión de este Tribunal tendría simple valor de "una declaración de derechos meramente teórica, pero huérfana de toda transcendencia práctica"*. Una conclusión a la que añadió otras consideraciones de menor importancia para el asunto que nos ocupa como la de *"los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal, que no permiten concluir, con el debido conocimiento de causa, si el traslado fue o no ilícito, en cuanto posterior o anterior a la decisión de los Tribunales polacos sobre la custodia de la menor, lo que exigiría, para lograr la convicción necesaria, la práctica de nuevas pruebas"*.

Como puede deducirse del anterior párrafo, una parte de la problemática del asunto residía en que fue resuelto mediante la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. Un factor que, por contra, no impide reseñar un hecho objetivo como lo era el de que estábamos ante un proceso de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional. Es decir, al tener el texto convencional la intención de garantizar la restitución inmediata un menor trasladado de forma ilícita, éste habilitaba un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas, pero cuya aplicación resultaba extraña para los tribunales españoles dado que debían resolver rápidamente sobre la simple ilicitud del traslado, dejando imprejuizado el fondo de la cuestión sobre la de custodia del menor.

Aparte de todo ello, pese a buscar esa inmediatez la antigua LEC preveía una segunda instancia para la apelación del auto y ésta debía resolverse en el plazo improrrogable de veinte días. Un hecho frente al cual la Audiencia decidió simplemente no entrar en el fondo del asunto para no alargar el asunto y considerando inútil su trabajo; postura ésta muy criticada por el TC que recrimina a la instancia que pese a todas las torpezas del legislador español a la hora de redactar preceptos legales, no se considera la situación generada como *"un supuesto que autorice al Tribunal de apelación para dejar de pronunciarse, por esta causa, sobre el fondo de la cuestión sometida a su conocimiento (...) por ello, la Audiencia debió entrar en el fondo de la cuestión planteada por la demandante del amparo, al no existir causa legal que excluyera esta obligación del órgano ad quem"* puesto que la esencia de la segunda instancia se configura, como una *"revisio prioris instantiae en la que el*

Tribunal superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris)".

Siguiendo con ese mismo postulado, tampoco admite el posicionamiento del órgano sobre la intrascendencia de su decisión sobre el fondo del asunto, y de hecho establece una doctrina según la cual, las decisiones judiciales adoptadas en el marco del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, exige del órgano jurisdiccional dos pronunciamientos para ser acordes con el Derecho de Tutela Judicial Efectiva.

1 De carácter declarativo *"por el que debe manifestarse sobre la licitud o ilicitud del traslado del menor a España desde el país de origen".*

2 De carácter condenatorio *"por el cual, una vez declarado que el traslado del menor fue ilícito, en los términos del art. 3 del citado Convenio, debe ordenarse la restitución del menor al país de origen, siempre que no concurran alguno de los supuestos que excluyen esta obligación de restitución y que se regulan en el art. 13 del Convenio".*

Por lo tanto, la trascendencia jurídica de este caso desde el punto de vista Constitucional se resume en que el hecho de que el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 busque la restitución inmediata de un menor ilegalmente trasladado, no obsta para que todas y cada una de las instancias que conozcan del asunto puedan y deban motivar de forma suficiente sus resoluciones, dado que en el caso de no hacerlo, vulnerarían el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.

2.2.Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 127/2013, de 3 de junio de 2013.

Nos encontramos ante un recurso de amparo muy reciente que fue interpuesto por don M.G. contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de enero de 2011, a su vez recaída frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña de 11 de noviembre de 2009.

Esta Sentencia es relevante desde el punto de vista de la sustracción internacional de menores pues, como vamos a ver a continuación, el recurso de amparo surgirá a raíz de un conflicto en relación a la competencia judicial internacional ya que el señor don M.G. pretendía que conociesen los tribunales belgas del litigio que había surgido entre él y la madre de su hija en relación a los derechos de custodia, guarda y visita de ésta última al entender que había existido un traslado de su hija que era ilícito por parte de la madre de modo que entendía que debía ser de aplicación el art 10 R. 2202/2003 en virtud del cual conocerían del asunto los tribunales del lugar en el que residía la menor antes del traslado ilícito, y por ello no conocerían del asunto los

tribunales de la residencia habitual de la menor, que es la regla de competencia general, no siendo competentes los tribunales españoles.

Por lo tanto, la Sentencia versará de algún modo acerca de la duda sobre si existía o no un traslado ilícito de una menor. Por ello, vamos a analizar a continuación los hechos y fundamentos en que se expresaba esta Sentencia del Tribunal Constitucional.

- Hechos que dieron lugar a este recurso de amparo:

Nos encontramos ante un recurso de amparo muy reciente que fue interpuesto por don M.G. contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de enero de 2011, a su vez recaída frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña de 11 de noviembre de 2009.

Esta Sentencia es relevante desde el punto de vista de la sustracción internacional de menores pues, como vamos a ver a continuación, el recurso de amparo surgirá a raíz de un conflicto en relación a la competencia judicial internacional ya que el señor don M.G. pretendía que conociesen los tribunales belgas del litigio que había surgido entre él y la madre de su hija en relación a los derechos de custodia, guarda y visita de ésta última al entender que había existido un traslado de su hija que era ilícito por parte de la madre de modo que entendía que debía ser de aplicación el art 10 R. 2202/2003 en virtud del cual conocerían del asunto los tribunales del lugar en el que residía la menor antes del traslado ilícito, y por ello no conocerían del asunto los tribunales de la residencia habitual de la menor, que es la regla de competencia general, no siendo competentes los tribunales españoles.

Por lo tanto, la Sentencia versará de algún modo acerca de la duda sobre si existía o no un traslado ilícito de una menor. Por ello, vamos a analizar a continuación los hechos y fundamentos en que se expresaba esta Sentencia del Tribunal Constitucional.

- Hechos que dieron lugar a este recurso de amparo:

En el origen de los hechos tenemos una concurrencia de dos procedimientos, los cuales tuvieron lugar en A Coruña (España) y en Bélgica.

Partimos de una demanda interpuesta en 2009 por doña S.B.B. sobre guarda y custodia, derecho de visitas y alimentos de su hija menor de edad. El padre de ésta contestó a la misma alegando una falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles pues interpretaba que eran realmente competentes los tribunales belgas, además previamente había iniciado un procedimiento en Bélgica por el cual solicitaba ante la autoridad central belga el retorno inmediato de la menor a Bélgica basándose en lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1980, un procedimiento que siguió su curso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, el cual mediante Auto desestimó la solicitud de retorno de la menor al

entender que no estamos ante un supuesto de sustracción internacional de menores. Tal Auto no fue recurrido y puso fin a este procedimiento.

El curso de los hechos continuó acudiendo el padre de la menor ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas promoviendo de nuevo demanda basándose en el art 11.7 R. 2201/2003 solicitando el retorno inmediato de la menor, su atribución de guardia y custodia y la imposición de multas coercitivas a la madre en caso de incumplimiento. Sin embargo, en esta ocasión sí se acordaron tales medidas y frente a la misma la madre interpuso recurso de apelación, sobre el cual se resolvió confirmando esta primera sentencia, sosteniendo que el desplazamiento de la menor sí que fue ilícito pero pese a ello no se podía sancionar el comportamiento de la madre pues perjudicaría el interés de la menor desestimando por tanto las pretensiones del padre en relación a la guardia y custodia y regreso a Bélgica de la menor. Además, esta sentencia indicaba que los órganos españoles eran los más indicados para pronunciarse sobre el derecho de visita.

En cuanto al procedimiento llevado a cabo en España, se dictó Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña en la cual se entendía más ajustado a los intereses de la menor que continuase bajo la guarda y custodia de la madre, estableciéndose la patria potestad compartida, un régimen de visitas para el padre y una pensión de alimentos a favor de la menor. Dicha resolución fue recurrida en apelación por ambas partes puesto que el padre pretendía principalmente como sabemos la declaración de falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles argumentando que había un supuesto de sustracción internacional de una menor, su hija. Además solicitaba la atribución de guardia y custodia e impugnaba el régimen de visitas y el modo en que habían de abonarse los gastos extraordinarios. Por su parte, la madre pedía restringir las visitas sobre todo para evitar que su hija saliese del territorio español por el peligro de que fuera objeto de una retención ilícita por parte del padre.

La Sentencia de la Audiencia Provincial confirmó también la primera resolución pues estableció la competencia de los órganos españoles pese a que los tribunales belgas se considerasen competentes pues entendía que al no pronunciarse sobre el derecho de visita, de no tener competencia los tribunales españoles, ningún tribunal lo regularía. Mientras que respecto a la atribución de guardia y custodia determinó que debía ser atribuida a la madre y en relación al derecho de visitas se acogió la pretensión del padre ampliándose el mismo.

- Fundamentos jurídicos

A la vista de estos hechos, el recurrente presenta recurso de amparo al denunciar la vulneración de:

- El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación al derecho fundamental a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho.

- El derecho a la protección social económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE).
- El derecho a la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE).
- El derecho de los niños a gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE).

Además, tal y como alegaba en las primeras resoluciones, entiende que no se ha aplicado de la forma debida el Reglamento 2201/2003 y que los tribunales españoles no eran competentes para conocer de la demanda puesto que en el caso existe una sustracción internacional de la menor lo cual da lugar a que conforme al Reglamento sean competentes los tribunales belgas. Solicitaba por ello que el Tribunal plantee cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la correcta interpretación del Reglamento.

La madre de la menor por su parte solicita la inadmisión de este recurso de amparo y en caso de que se admita, que se desestime el mismo, considerando a su vez improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial propuesta. Destacar que el Ministerio Fiscal solicita al igual que la doña S.B.B. la desestimación del recurso de amparo y considera improcedente el planteamiento de cuestión prejudicial.

Sin embargo, el recurso fue admitido a trámite, determinando el tribunal que respecto al objeto de la demanda, los derechos que se entienden vulnerados de los arts. 39.1, 2 y 4 no son susceptibles de amparo, pues tales derechos son únicamente los derechos y libertades de los arts 14 a 29, y la objeción de conciencia del art 30 CE.

Por ello, el objeto de la demanda se reduce a la vulneración de la tutela judicial efectiva del art 24 CE. Respecto a esta posible vulneración el Tribunal sostiene que solo una resolución impugnada vulnera este derecho cuando el razonamiento sea arbitrario, irracional o erróneo.

Antes de resolver esta posible vulneración el Tribunal analiza el punto que más nos interesa desde el punto de vista de la sustracción internacional de menores: La alegación del recurrente en amparo acerca de la falta de competencia judicial de los tribunales españoles al entender que su hija había sido trasladada ilícitamente por lo que sostenía que debía ser aplicado el art 10 del R. 2201/2003 conforme al cual ante una sustracción internacional son competentes los tribunales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor antes del traslado ilícito realizado. Sin embargo, una resolución judicial española determinó como vimos en los hechos que el traslado había sido lícito, y ante la misma el padre de la menor se aquietó, con lo que la resolución devino firme sin ser recurrida. Por lo tanto, esto hacía que cualquier resolución posterior de los órganos españoles debiera respetar lo resuelto en aquella resolución firme en todo proceso que guardase relación de estricta dependencia con lo tratado en aquella resolución. En consecuencia, el traslado de la menor debería considerarse lícito por aquella resolución que devino firme.

Una vez analizado el porqué de la competencia de los tribunales españoles, se analiza la motivación o no de la Sentencia de la Audiencia Provincial. En esta Sentencia se dice que el propio tribunal belga no cuestionaba la validez del procedimiento que tenía lugar en España y que al no pronunciarse aquel tribunal sobre el derecho de visita de no hacerlo el tribunal español ningún tribunal resolvería sobre dicha cuestión. Por tanto, se entiende por el Tribunal Constitucional que no había una motivación irrazonable o en la que haya existido error.

Además, se entiende que ha existido tal motivación pues se fundamenta la competencia del tribunal español en el foro de necesidad, un criterio por el que se pretende garantizar que ninguna pretensión quede sin resolución sobre el fondo. Si bien, este foro de necesidad implica que de las autoridades de los estados que están vinculados con la situación privada internacional ninguna de ellas tienen competencia porque ninguna norma se la atribuye, pero en el caso de autos no se ha constatado la inexistencia de otro foro que atribuya competencia judicial internacional a los tribunales españoles.

En relación con la motivación de la sentencia se añade que hay una razonabilidad de los resultados desde la perspectiva del interés superior del menor, un concepto jurídico indeterminado que proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 en su art 3.1 y que consiste en un principio que ha de regir todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño. Además la motivación se aprecia en el sentido de que se ha obtenido la resolución más favorable posible para el padre al acoger el régimen de visitar que este había solicitado.

Respecto a la cuestión prejudicial se entiende que esta no procede pues el Tribunal no se ha enfrentado a un problema cuya solución haya dependido de la interpretación y validez de una norma de derecho comunitario.

- Fallo

La solución del Tribunal Constitucional será desestimar el amparo solicitado por don M.G., padre de la menor sobre la cual sostenía que existía una sustracción internacional, al entender que había existido una motivación suficiente de la Sentencia de Audiencia Provincial no habiéndose visto vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art 24.1 CE. Sin embargo, respecto a lo observado en la presente Sentencia hemos de quedarnos realmente con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la cual parece darse una gran importancia al principio del interés superior del menor, el cual debe primar siempre, siendo secundaria cual ha de ser la competencia judicial internacional en el caso siempre y cuando dicho principio se vea satisfecho.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

Los tribunales de cada país miembro de la Unión Europea son responsables de garantizar que el Derecho comunitario se aplique correctamente en ese Estado, pero existe el riesgo de que dichos tribunales interpreten la legislación de la UE de distintas maneras.

Para impedir que esto suceda, existe el procedimiento de las cuestiones prejudiciales. Esto significa que, si un órgano jurisdiccional nacional tiene dudas sobre la interpretación o la validez de una norma de la UE, debe recabar la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el cual velará para que el Derecho de este espacio se aplique de la misma forma en todos los países miembros.

Especial relevancia tiene en materia de sustracción internacional de menores, ya que es un asunto sensible que requiere especial celeridad en los procesos de homogenización del derecho en virtud a su fin último: Garantizar que se ejecute el interés superior del menor.

Debido a la abundante jurisprudencia en esta materia hemos seleccionado una serie de sentencias donde se tratan unos conceptos básicos y fundamentales en materia de sustracción internacional de menores:

Es de interés el análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010 debido a que se delimita el concepto de medidas provisionales relativas a la facultad decisoria parental, así como se concretan controversias de ejecución y competencia.

Por otra parte la elección de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-491/10 PPU) se debe a que analizan cuestiones de competencia del órgano jurisdiccional requerido para denegar la ejecución de dicha resolución en caso de violación grave de los derechos del menor. Se interpreta de esta manera el artículo 42 del Reglamento 2201/2003.

Es importante la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de diciembre de 2009 la cual nos concreta qué ocurre si hay una modificación de las medidas provisionales adoptadas previamente por otro estado miembro que también tiene competencia en virtud del reglamento 2201/2003

Además analizaremos la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, la cual nos determina el concepto de residencia habitual del menor, el cual nos servirá para determinar la competencia de los órganos judiciales, a su vez trataremos en esta sentencia que ocurre cuando hay una concurrencia de órganos jurisdiccionales.

3.1.Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de diciembre de 2009: *Caso Jasna contra Maurizio Sgueglia*. Relevancia: Interpretación sobre la modificación de medidas provisionales adoptadas previamente por otro estado miembro competente

Para ponernos en situación debemos decir que la Sra. Detiček de nacionalidad eslovena, contrajo matrimonio con el Sr. Sgueglia, pero en el momento en que surge el litigio están tramitando su divorcio. De este matrimonio, nació el 6 de septiembre de 1997 Antonella.

La demanda de divorcio es presentada ante el Tribunal de Tivoli el 25 de julio de 2007, el cual mediante sentencia concede provisional y exclusivamente al Sr. Sgueglia la custodia de Antonella además de decidir que Antonella fuera alojada de manera provisional en la Casa de Acogida de las Hermanas Calasancias en Roma. El mismo día la Sra. Detiček se marchó con Antonella a Eslovenia, donde se instalaron las dos.

El 22 de noviembre de 2007, se declara ejecutiva la sentencia en Eslovenia por el Tribunal del distrito de Maribor, en Eslovenia, decisión ratificada por el Tribunal supremo esloveno el 8 de octubre de 2008. Se inicia el procedimiento de ejecución para realizar la entrega de la menor al padre,. pero el Tribunal cantonal de Solvenska Bistrica de Eslovenia decidió suspender la ejecución hasta que no finalizara el procedimiento principal.

Aprovechándose de esta suspensión, la Sra Detiček, presentó ante el Tribunal del distrito de Maribor una demanda solicitando que le concediera la custodia de la menor. Mediante auto dicho tribunal estima la demanda y se la concede basándose en el artículo 20 del Reglamento 2201/2003 y en *“el cambio de circunstancias y el interés del menor”*.

Cuando el padre de Antonella, el Sr. Sgueglia, se enteró de la decisión tomada en ese auto, interpuso recurso contra el mismo ante el mismo órgano jurisdiccional, aunque dicho recurso fue desestimado mediante auto.

Contra este último auto, interpuso nuevamente recurso ante el Tribunal de apelación esloveno, el cual decidió suspender el procedimiento y plantear dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

La primera cuestión prejudicial viene a preguntar que si conforme al artículo 20 del reglamento 2201/2003, ¿un órgano jurisdiccional esloveno es competente para adoptar medidas cautelares cuando un órgano jurisdiccional de otro estado miembro, competente en virtud del Reglamento para conocer del fondo del asunto, ya había dictado una medida cautelar que había sido declarada ejecutiva en la República de Eslovenia?

La segunda cuestión prejudicial está interrelacionada con la primera ya que solo se podrá responder si se da una respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial. Esta segunda cuestión prejudicial consiste en si un órgano jurisdiccional esloveno puede adoptar con arreglo al derecho nacional, una medida cautelar en virtud del artículo 20 del reglamento, que modifique o anule una medida cautelar definitiva y

ejecutiva adoptada por el órgano jurisdiccional de otro estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del reglamento 2201/2003.

El Tribunal de apelación esloveno solicitó que la presente petición de decisión prejudicial se tramitara por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 104 *ter* del Reglamento de Procedimiento. En esta petición de tramitación urgente el tribunal explica el caso y alega como motivo fundamental que *“el retraso en la resolución del asunto es contrario al interés de la menor y podría deteriorar de modo irreversible la relación entre la hija y el padre”* Después de dar audiencia al Abogado General el Tribunal de Justicia acepta la petición de que las cuestiones prejudiciales fuesen tramitadas por el procedimiento de urgencia.

Ahora ya, sobre las cuestiones prejudiciales, debemos decir que el Tribunal de Justicia las analiza de manera conjunta y las reconduce a la siguiente pregunta: *“si el artículo 20 del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adoptar una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorga la custodia de un menor que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de sus progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo del litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro.”*

El Tribunal de Justicia comienza analizando varias disposiciones del Reglamento 2201/2003; Primeramente examina el artículo 8, el cual atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual en el momento en que se presenta la demanda y en virtud de ello concluye que el Tribunal de Tivoli es el órgano competente para conocer de cualquier cuestión relacionada con la responsabilidad parental en el presente litigio.

Posteriormente analiza el artículo 20.1 del reglamento 2201/2001 y afirma que en virtud de este artículo los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentre el menor tendrán competencia para adoptar medidas provisionales o cautelares de acuerdo a la legislación de dicho Estado aunque los órganos de otro estado miembro sean competentes para conocer del fondo; pero el Tribunal de Justicia advierte que esta disposición debe interpretarse muy estrictamente y enumera una serie de requisitos cumulativos que han de cumplirse en el litigio para poder utilizarse este artículo:

- Las medidas deben ser urgentes:

El Tribunal relaciona este requisito con los argumentos esgrimidos por el Tribunal cantonal de Eslovenia: la situación del menor y su cambio de circunstancias,

ya que Antonella se había integrado en su nuevo entorno y su regreso solo la perjudicaría.

Pues bien, de estos argumentos, el Tribunal de Justicia concluye que no se puede fundamentar la urgencia de la situación en esas circunstancias por varios motivos: En primer lugar, si se declarase como situación de urgencia se estaría contradiciendo el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales que son dictadas por los Estados Miembros del Reglamento 2201/2003, que se funda en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros. El segundo motivo que ofrece el Tribunal de Justicia para no aceptar el requisito de la urgencia es que uno de los objetivos fundamentales del reglamento 2201/2003 es evitar los traslados o retenciones ilícitos de menores entre Estados y en caso de que se admitiese se estaría protegiendo la posición del progenitor, el cual llevó a cabo el traslado ilícito.

- Deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro donde ejerza su competencia el órgano (Eslovenia en este caso).

- Deben tener carácter provisional.

De estos requisitos concluye el Tribunal de Justicia que una medida provisional como la adoptada no solo tiene sus consecuencias en el propio menor sino que afectará también a los progenitores.

Además el Tribunal de Justicia hace alusión a los derechos fundamentales previstos en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con el reglamento, el cual reconoce los derechos fundamentales previstos en ese artículo, que dispone que *“Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.”*

De manera que no se puede interpretar el reglamento de manera que ese derecho fundamental previsto en el punto 3 del artículo 24 sea violado; y en este caso el traslado ilícito del menor priva al menor de esa posibilidad de mantener relación y contactos con su padre.

Concluye el Tribunal de Justicia que no puede entenderse el artículo 20 del reglamento 2201/2003 como vía para prolongar la situación de traslado ilícito creada por el comportamiento del progenitor, en este caso de la madre de Antonella, al igual que tampoco puede interpretarse como medio para legitimar los efectos de ese comportamiento.

Aunque en este punto se establece una excepción a lo previsto en el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y es que ese interés superior sea contrario a otro interés, de manera que el traslado ilícito solo podría estar justificado si otro interés del menor prima sobre el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres, lo cual afirma el tribunal que

no sucede en el presente litigio. Añade también que los intereses en juego deben ser conocidos por el órgano jurisdiccional competente de acuerdo al reglamento 2201/2003.

Finalmente responde a la cuestión prejudicial afirmando que las cuestiones planteadas relativas a la interpretación del artículo 20 del reglamento 2201/2003 han de ser consideradas de la siguiente manera: *En las circunstancias previstas en el litigio no está permitido que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una medida provisional relacionada con la responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro.*

3.2.Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010: Caso *Bárbara Mercredi y Richard Chaffe*. Relevancia:interpretación concepto de “residencia habitual” y concurrencia de órganos competentes.

El litigio nació de la siguiente manera: la Sra Mercredi, de nacionalidad francesa y nacida en la Isla de Reunión, viajó por motivos laborales en el año 2000 a Inglaterra,. La Sra Mercredi vivió durante varios años con el Sr. Chaffe de nacionalidad británica, aunque nunca se casaron. De esta pareja nació el 11 de agosto de 2009 Chloé, una niña con nacionalidad francesa; Poco tiempo después la pareja se separó.

Cuando Chloé tenía 2 meses, el 7 de octubre de 2009 la Sra Mercredi acompañada de su hija viajó desde Inglaterra hacia la Isla de Reunión; De esta salida el padre no fue previamente informado.

Tenemos que advertir que la residencia habitual de Chloé antes de su salida estaba en Inglaterra, y también que el traslado de la menor es lícito ya que la Sra Mercredi era quien tenía el derecho de custodia (en virtud del art 2.9 Reglamento 2201/2003) en el momento de su salida hacía la Isla Reunión.

Procedimiento iniciado por el padre en el Reino Unido durante el año 2009

El padre, interpuso el día 9 de octubre de 2009 una acción judicial por teléfono ante el Juez Holman, Duty High Court Judge, el cual dictó una resolución judicial con el fin de averiguar el paradero de la menor, Pocos días después, el Sr Chaffe interpuso demanda con la pretensión de la atribución de la responsabilidad parental, la residencia compartida y el derecho de visita. Ese mismo día el Juez en ausencia de la madre, la cual no conocía de esa acción, dictó una resolución que ordenaba el regreso de la menor a Inglaterra.

Los procedimientos iniciados por la madre y por el padre en Francia

El 28 de octubre de 2009 la Sra. Mercredi presentó una demanda ante el tribunal de grande instance de Saint-Denis (Francia) el 28 de octubre de 2009 con la pretensión de obtener la totalidad de la responsabilidad parental y de fijar el domicilio de su hija en su vivienda.

Por su parte, el Sr. Chaffe interpuso ante el mismo tribunal una demanda con la finalidad de conseguir el regreso de Chloé a Inglaterra, la cual fue desestimada mediante sentencia.

La responsabilidad parental exclusiva es otorgada a la Sra. Mercredi mediante sentencia el 23 de junio de 2010, en la cual también se fijaba la residencia de la menor en el domicilio de su madre.

La continuación del procedimiento iniciado por el padre en el Reino Unido durante el año 2009

El 15 de abril de 2010 el asunto promovido por el Sr. Chaffe en el mes de octubre de 2009 fue atribuido al Juez **McFarlane**?. El Sr. Chaffe alega que la High Court of Justice (England & Wales) tenía competencia el día 9 de octubre de 2009 para resolver el litigio ya que según él Chloé *“no había perdido en esa fecha su residencia habitual en Inglaterra.”* Alega además que el derecho de custodia se puede atribuir a un órgano jurisdiccional.

La Sra. Mercredi alega que los órganos jurisdiccionales ingleses no eran competentes ya que Chloé no tenía su residencia habitual en el Reino Unido sino en Francia.

Respecto a estas cuestiones el Juez **McFarlane**? realizó una serie de consideraciones que podemos resumir de la siguiente manera.

- El procedimiento comenzó el día en que el padre llamó por teléfono al Juez Holman, obteniendo desde ese momento un derecho de custodia.
- Chloé seguía teniendo su residencia habitual en Inglaterra, de manera que, el 9 de octubre de 2009 los órganos jurisdiccionales ingleses eran competentes

El procedimiento iniciado por la madre en el Reino Unido

La Sra. Mercredi interpuso recurso contra las resoluciones de la High Court of Justice (England & Wales) ante el tribunal remitente el día 12 de julio de 2010

Dadas estas circunstancias, la Court of Appeal (England & Wales) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales que veremos a continuación.

Sobre el procedimiento de urgencia: La Court of Appeal (England & Wales) solicitó que estas cuestiones prejudiciales se tramitaran por el procedimiento de urgencia, ya que hasta que no se determine que órgano jurisdiccional es competente

no se podrá dictar una resolución respecto a la responsabilidad parental relativa a Chloé; Además un dato que considera importante el Tribunal de Justicia es que se trata de una menor que está separada de su padre desde hace más de un año, situación que podría perjudicar gravemente la futura relación paterno-filial; De manera que la Sala Primera del Tribunal de Justicia acepta la tramitación de estas cuestiones prejudiciales por el procedimiento de urgencia.

Sobre la primera cuestión prejudicial:

El tribunal remitente pregunta sobre que interpretación ha de darse al concepto de residencia habitual, cuestión muy importante en estos casos, ya que gracias a ello se puede concretar la competencia del órgano jurisdiccional para resolver cuestiones relativas al derecho de custodia, en concreto cuando el menor trasladado (lícitamente en este caso) es un lactante.

El Tribunal de Justicia comienza respondiendo que según el artículo 8 del Reglamento 2201/2003, la competencia del órgano jurisdiccional en esta materia se determina en virtud de la residencia habitual de ese menor en el momento en que se presenta el asunto ante el citado órgano jurisdiccional.

Además, de acuerdo al artículo 16 del Reglamento, solo se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional cuando se presente el escrito de demanda o documento equivalente ante dicho órgano. En el presente caso el Sr. Chaffe el día 9 de octubre de 2009 únicamente realizó una llamada al Juez Holman, Duty High Court Judge, de manera que no puede considerarse que se haya iniciado el procedimiento ante la High Court of Justice hasta el 12 de octubre de 2009, día en que el Sr. Chaffe interpuso demanda por escrito, y fecha en la que Chloé ya se encontraba en Isla Reunión.

Aunque advierte el Tribunal de Justicia que el Reglamento no contiene ninguna definición del concepto de “residencia habitual” pero que de tal expresión se deduce cierta estabilidad o regularidad en el lugar de la residencia. En este punto el Tribunal de Justicia afirma que jurisprudencialmente en estos casos al no haber tampoco una remisión expresa al derecho nacional de cada estado miembro dicha expresión *“debe ser objeto normalmente en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar”*

Dice el Tribunal de Justicia que hay que comenzar por atender al contexto en el que están insertas las disposiciones del reglamento y cuál es el objetivo que pretenden y, en este caso, es velar por el interés superior del menor y concretamente estas disposiciones están concebidas en función del criterio de proximidad.

Jurisprudencialmente el Tribunal de Justicia ha determinado que para la mejor protección del menor, el concepto de “residencia habitual” debe entenderse en el sentido de que dicha residencia sea el lugar en el que el menor tenga una cierta

integración en un entorno social y familiar y en este punto añade el Tribunal de Justicia que esa labor de concreción del lugar corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular.

Por tanto para determinar la residencia habitual del menor, no solo basta con analizar la presencia física de éste en un Estado miembro, sino que además hay que atender a otra serie de otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional, como puede ser la compra de una vivienda en el lugar de traslado.

Un dato importante en este caso es la edad de la menor, ya que es difícil valorar la integración a su nuevo entorno, al ser un lactante es más complicado de concretar, por lo que en estos casos hay que analizar su entorno familiar y el de las personas de las que depende. En este caso el lactante está bajo la custodia de su madre y por tanto habría que valorar las razones que la han llevado a trasladarse con la menor, sus orígenes geográficos, familiares, etc.

En definitiva, el Tribunal de Justicia responde a la primera cuestión prejudicial planteada diciendo que el concepto de “residencia habitual” en relación con los artículos 8 y 10 del reglamento debe interpretarse de manera que esa residencia corresponda al lugar que revela una cierta integración del menor en su nuevo entorno social y familiar, y en el caso de que el menor sea un lactante debe considerarse la duración del traslado, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en ese territorio (Isla Reunión en nuestro caso) por una parte, y por otra hay que valorar los orígenes de la madre, las relaciones sociales y familiares que tenga en este nuevo territorio; y esta labor de determinar la residencia habitual del menor atendiendo a todos estos factores mencionados corresponderá al órgano jurisdiccional nacional competente. Si a pesar del uso de estos criterios no se pudiera identificar la residencia habitual del menor, la determinación del órgano competente debería realizarse conforme al criterio de la presencia del menor, previsto en el artículo 13 del reglamento.

Sobre la segunda cuestión prejudicial:

Con la formulación de la segunda cuestión prejudicial el tribunal remitente quiere saber si el concepto de institución u organismo a los cuales puede atribuirse el derecho de custodia comprende a un “órgano jurisdiccional”. El Tribunal de Justicia dice que las disposiciones relativas a esa cuestión tienen relación con el traslado ilícito de un menor en virtud del artículo 9 del reglamento, pero en este caso como hemos dicho a lo largo de la sentencia el traslado de Chloé es lícito, por lo que el artículo 10 del mismo cuerpo normativo no sería aplicable, de manera que no corresponde responder a la segunda cuestión prejudicial.

Sobre la tercera cuestión prejudicial:

En la tercera cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta si *“las resoluciones de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que desestiman en virtud del Convenio de La Haya de 1980 una demanda de restitución inmediata de un menor al territorio del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, y relativas a la responsabilidad parental respecto a ese menor, afectan a las resoluciones que deban dictarse en ese otro Estado miembro sobre acciones relativas a la responsabilidad parental que se hayan ejercido anteriormente y estén aún pendientes”*.

Dice el Tribunal de Justicia que en caso de conflicto entre dos órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes, ante los que se han interpuesto acciones relativas a la responsabilidad parental de un menor con el mismo objeto y causa sería aplicable el apartado 19.2 del Reglamento, que establece que el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda deberá suspender el procedimiento hasta que no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el cual se interpuso la primera demanda.

En el litigio principal el padre interpuso su demanda el 12 de octubre de 2009 ante la High Court of Justice. Por otro lado ante el tribunal de Grande Instance de Saint-Denis presentó la madre su demanda el 28 de octubre de 2009, por lo que no debería pronunciarse este tribunal sobre esta demanda hasta que el primer tribunal decidiera si tenía o no competencia.

En definitiva, si la High Court of Justice (England & Wales) se declara competente las posteriores resoluciones dictadas por la Grande Instance de Saint-Denis no afectarían a la resolución que debe dictar el tribunal remitente.

3.3.Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010. Asunto C-211/10 PPU. Relevancia: interpretación del TJUE en relación a los límites de las medidas provisionales relativas a la facultad decisoria parental. También es de importancia las cuestiones relativas al derecho de custodia ya que se plantea una resolución que ordena la restitución del menor analizándose las controversias de ejecución y competencia de la misma. Todo ello enmarcado en un procedimiento de urgencia, debido a la celeridad que se requiere en aras del interés superior del menor.

La Sra. Povse y el Sr. Alpago, pareja no casada, residieron juntos hasta finales de enero de 2008 con la hija de ambos, Sofía, nacida el 6 de diciembre de 2006, en Vittorio Veneto, Italia. Conforme al artículo 317 *bis* del Código Civil italiano, la patria potestad correspondía a ambos progenitores. A finales de enero del año 2008, la pareja se separó y la Sra. Povse abandonó el domicilio común acompañado de su hija Sofía. Pese a que el Tribunale per i Minorenni di Venezia (Tribunal de menores de Venecia), mediante resolución provisional y urgente adoptada el 8 de febrero de 2008 a instancias del padre, prohibió a la madre salir del país con la menor, la madre se trasladó con su hija, en febrero de 2008, a Austria, donde viven desde entonces.

El 16 de abril de 2008, el Sr. Alpago acudió al Bezirksgericht Leoben (Austria) con objeto de obtener la restitución de su hija a Italia con arreglo al artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980:

- El Bezirksgericht Leoben desestimó la demanda, esta resolución a su vez fue anulada, por el Landesgericht Leoben (Austria), puesto que no se había dado audiencia al Sr. Alpago conforme al artículo 11.5 del Reglamento
- El 21 de noviembre de 2008, el Bezirksgericht Leoben desestimó nuevamente la demanda del Sr. Alpago, basándose en la resolución del Tribunale per i Minorenni di Venezia, de 23 de mayo de 2008, según la cual la menor podía permanecer provisionalmente con su madre.
- El 7 de enero de 2009, el Landesgericht Leoben confirmó la resolución desestimatoria de la demanda del Sr. Alpago, invocando un grave riesgo de daño psíquico para la menor.

El 23 de mayo de 2008, el Tribunale per i Minorenni di Venezia dictó una resolución mediante la cual:

- Levantó la prohibición que pesaba sobre la madre de abandonar el territorio italiano con la menor y concedió, con carácter provisional, la custodia de la niña a ambos progenitores, al tiempo que precisaba que, hasta que se dictara resolución definitiva, la menor podía residir en Austria con su madre, a la que se concedía la facultad relativa a las «decisiones de administración ordinaria».
- Estableció el régimen de visitas correspondientes a el padre.
- Ordenaba la realización de un peritaje por parte de un asistente social. Del peritaje realizado se desprendió que la madre sólo permitía las visitas del padre de manera insuficiente para permitirle evaluar las relaciones del padre con su hija.

La Sra. Povse solicitó al Bezirksgericht Judenburg (Austria) que le atribuyese la custodia de la menor. Se declaró competente sobre la base del artículo 15, apartado 5, del Reglamento y pidió al Tribunale per i Minorenni di Venezia que se inhibiera. Sin embargo, el Sr. Alpago ya se había dirigido, el 9 de abril de 2009, al Tribunale per i Minorenni di, solicitando que se ordenara la restitución de su hija a Italia sobre la base del artículo 11. 8 del Reglamento. En una vista organizada por el referido tribunal el 19 de mayo de 2009 la Sra. Povse se declaró dispuesta a seguir el programa de encuentros entre el padre y su hija establecido por el asistente social no revelando su gestión judicial ante el Bezirksgericht Judenburg, que desembocó en la resolución de 26 de mayo de 2009, antes citada.

El 10 de julio de 2009, el Tribunale per i Minorenni di Venezia confirmó su propia competencia, en la medida en que, a su juicio, no se cumplían los requisitos para la transferencia de competencia conforme al artículo 10 del Reglamento, y constató la imposibilidad de realización del peritaje del asistente social. Además,

mediante la misma resolución de 10 de julio de 2009, el Tribunale per i Minorenni di Venezia ordenó la restitución inmediata de la menor a Italia y encargó a los servicios sociales de ciudad de Vittorio Veneto, en el caso de que la madre regresara con la niña, que pusieran a su disposición un alojamiento y establecieran un plan de contactos con el padre pretendiendo así restablecer los contactos entre la menor y su padre, que habían quedado interrumpidos por la actitud de la madre. A tales efectos, el Tribunale per i Minorenni di Venezia expidió un certificado sobre la base del artículo 42 del Reglamento.

El 25 de agosto de 2009, el Bezirksgericht Judenburg dictó un auto de medidas provisionales, por el que se atribuía provisionalmente la custodia de la menor a la Sra. Povse.

El 22 de septiembre de 2009, el Sr. Alpago solicitó al Bezirksgericht Leoben la ejecución de la resolución del Tribunale per i Minorenni di Venezia de 10 de julio de 2009 por la que se ordenaba la restitución de su hija a Italia. El Bezirksgericht Leoben desestimó esta demanda por considerar que la ejecución de la resolución del tribunal italiano suponía un grave riesgo de peligro psíquico para la menor. El Sr. Alpago interpuso un recurso de apelación contra esta resolución ante el Landesgericht Leoben, el cual, sobre la base de la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2008, Rinau (C-195/08 PPU, Rec. p. I-5271), reformó la resolución y ordenó la restitución de la menor.

La Sra. Povse interpuso ante el Oberster Gerichtshof un recurso de casación contra la resolución del Landesgericht Leoben con objeto de que se desestimara la demanda de ejecución.

El Oberster Gerichtshof albergando dudas en cuanto a la interpretación del Reglamento, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Debe entenderse por “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor” .en el sentido del artículo 10, letra b), inciso iv), del Reglamento, una medida provisional por el que la “facultad decisoria parental” se atribuye, en particular en lo relativo al derecho a decidir sobre el lugar de residencia, al progenitor sustractor hasta que se adopte una resolución definitiva sobre el derecho de custodia?

Para situarnos en la cuestión que se nos plantea nos referimos el art 10 letra b) iv que dice que:

En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro. Además será necesario que:

- Haya residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor,
- Esté integrado en su nuevo entorno.
- Que se cumpla alguna de las condiciones dispuestas en los incisos del apartado b. En este caso concreto nos remitimos al inciso iv que reza:

Que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

El TJUE interpretó en el sentido de que una medida provisional no constituye una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor», a efectos de la citada disposición, y no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente ya que en el caso de que una resolución provisional condujera a la pérdida de la competencia sobre la cuestión de la custodia del menor, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de la residencia habitual anterior del menor correría el riesgo de verse disuadido de adoptar tal decisión provisional, aun cuando los intereses del menor lo exigieran

2) ¿Está comprendida una orden de restitución dentro del ámbito de aplicación del artículo 11, apartado 8, del Reglamento únicamente si el órgano jurisdiccional ordena la restitución sobre la base de una resolución sobre el derecho de custodia dictada por él mismo?

Los apartado 2 a 8 del art 11 serán de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícito.

En el apartado 8 que es acerca del cual se nos presenta la cuestión incidental reza lo siguiente:

Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

El TJUE explica que el artículo 11, apartado 8, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución del órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, aun cuando no esté precedida de una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor. A esta solución se ha llegado diciendo que aunque la interpretación del art 11.8 este muy vinculadas a otras materias, y en particular al derecho de custodia, la fuerza ejecutiva de una resolución que ordena la restitución de un menor tras una resolución de no restitución, goza de autonomía procedimental, con objeto de no retrasar la restitución de un menor ilícitamente trasladado. Este objetivo de celeridad y la prioridad concedida a la competencia del órgano jurisdiccional de origen serian difícilmente conciliables con una interpretación según la cual una resolución de restitución debería estar precedida de una resolución definitiva de custodia, además de que la misma constituiría una limitación que podría obligar al órgano jurisdiccional competentes a adoptar una decisión sobre el derecho de custodia sin disponer de todos los elementos pertinentes al efecto.

3) Las cuestiones incidentales numero 3 no se resuelven por el tribunal debido a que el tribunal da respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda.

4) La cuestión incidental 4 fue propuesta en caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda, o a la tercera, letra a) y decía: ¿Se opone, según el artículo 47, apartado 2, del Reglamento, una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional del Estado de acogida y considerada ejecutiva conforme a su ordenamiento jurídico, por la que se atribuye la custodia provisional al progenitor sustractor, a la ejecución de una orden de restitución del Estado de origen adoptada previamente con arreglo al artículo 11, apartado 8, del Reglamento , aunque no obstaculice la ejecución de una orden de restitución adoptada en el Estado de acogida en virtud del Convenio de La Haya de 1980 ?

El certificado expedido que otorga a la resolución así certificada una fuerza ejecutiva específica no es susceptible de recurso alguno. Los únicos motivos que pueden invocarse respecto al certificado es un procedimiento de rectificación o dudas en cuanto a su autenticidad. La única normativa del Estado miembro requerido que resulta aplicable es la que rige las cuestiones del procedimiento. La normativa del estado solo rige en lo relativo a cuestiones de procedimiento. Un procedimiento como el presente no atañe a cuestiones de formas ni de procedimientos, sino que afecta a cuestiones de fondo, por consiguiente el carácter incompatible.

Además hay que considerar que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución pueda oponerse a la ejecución de una resolución anterior certificada en el estado miembro de origen que ordena la

restitución del menor supondría soslayar el mecanismo establecido por la sección 4 del capítulo III del reglamento. Tal excepción privaría de efecto útil al art 11.8 del Reglamento.

Por todo ello El artículo 47, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor.

La cuestión incidental quinta se presenta en caso de respuesta negativa también a la cuarta cuestión:

a) ¿Puede denegarse en el Estado de acogida la ejecución de una resolución para la que el órgano jurisdiccional de origen ha emitido el certificado previsto en el artículo 42, apartado 2, del Reglamento ...? si, desde su adopción, las circunstancias han cambiado de tal manera que la ejecución en ese momento pondría en grave peligro el interés superior del menor?

b) ¿O la parte que se opone tiene que alegar dichas circunstancias en el Estado de origen, pudiéndose suspender la ejecución en el Estado de acogida hasta que recaiga resolución en el Estado de origen?»

Para resolver esta cuestión al TJUE señala que una modificación significativas de las circunstancias en relación con el interés del menor constituye una cuestión de fondo que conforme al reparto de las competencias dicha cuestión corresponde al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro.

Así la ejecución de una resolución certificada no puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución.

3.4.Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 PPU. Relevancia: posibilidad de ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor dictada por un órgano jurisdiccional competente (español). Se cuestiona acerca de la posible competencia del órgano jurisdiccional requerido (alemán) para denegar la ejecución de dicha resolución en caso de violación grave de los derechos del menor.

El Sr. Aguirre Zarraga, de nacionalidad española, y la Sra. Pelz, de nacionalidad alemana, contrajeron matrimonio el 25 de septiembre de 1998 en Erandio (Vizcaya). De este matrimonio nació, el 31 de enero de 2000, su hija Andrea. El lugar de residencia habitual de la familia era Sondika (Vizcaya). Hacia finales de 2007, ambos se separaron y, posteriormente, presentaron sendas demandas de divorcio ante los órganos jurisdiccionales españoles.

Procedimiento ante los órganos jurisdiccionales españoles

Tanto la Sra. Pelz como el Sr. Aguirre Zarraga solicitaron la custodia exclusiva de la hija común. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Bilbao atribuyó provisionalmente la custodia al Sr. Aguirre Zarraga, mientras que a la Sra. Pelz se le concedió un derecho de visita.

En junio de 2008, la Sra. Pelz se trasladó a Alemania, donde reside desde entonces. En agosto de 2008, al término de las vacaciones de verano que había pasado con su madre, Andrea permaneció con ésta en Alemania..

Desde ese momento, la menor no ha vuelto con su padre, a España. Infringiendo lo dispuesto en el auto de 12 de mayo de 2008, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Bilbao dictó, a petición del Sr. Aguirre Zarraga, un nuevo auto de medidas provisionales de por el que se prohibía a Andrea abandonar el territorio español acompañada de su madre o de cualquier otra persona que tuviera algún vínculo de afinidad con la Sra. Pelz. Además, suspendió el derecho de visita anteriormente concedido a ésta, hasta que se dictara sentencia definitiva.

En julio de 2009. Éste consideró que era necesario un nuevo peritaje y proceder a la audiencia personal de Andrea y fijó fechas para ambos trámites, que debían tener lugar en Bilbao. Sin embargo, ni Andrea ni su madre comparecieron a estas citaciones. Según el órgano jurisdiccional remitente, el juez español no estimó la solicitud de la Sra. Pelz para que se les concediese, a ella y a su hija, la autorización para poder abandonar libremente el territorio español después del examen pericial y de la audiencia de Andrea. El juez español también denegó la solicitud presentada por la madre para que la audiencia de Andrea se realizase por videoconferencia

Mediante sentencia de 16 de diciembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Bilbao atribuyó la custodia exclusiva de Andrea al padre de ésta.

La Sra. Pelz recurrió esta sentencia ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, solicitando que se diera audiencia a Andrea. Mediante sentencia de 21 de abril de 2010, que desestimó dicha pretensión por considerar que, según las normas procesales españolas, la práctica de pruebas en apelación únicamente es posible en determinados casos expresamente determinados por la ley. A tales efectos, la incomparecencia voluntaria de una parte debidamente convocada a una audiencia en

primera instancia no constituye uno de esos casos. Por lo demás, el procedimiento sigue pendiente ante dicho órgano jurisdiccional.

Procedimientos ante los órganos jurisdiccionales alemanes.

En Alemania se han desarrollado dos procedimientos:

El primer procedimiento. Se refería a la demanda del Sr. Aguirre Zarraga para obtener la restitución de su hija a España, presentada sobre la base del Convenio de La Haya de 1980. Dicha demanda fue estimada en primera instancia por el Amtsgericht Celle (Tribunal de Primera Instancia de Celle), mediante resolución de 30 de enero de 2009.

La Sra. Pelz interpuso un recurso contra esta resolución. Mediante sentencia de 1 de julio de 2009, el Oberlandesgericht Celle (Tribunal Regional Superior de Celle) estimó el recurso, anuló en consecuencia dicha resolución y desestimó la demanda del Sr. Aguirre Zarraga sobre la base del artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980. El Oberlandesgericht Celle señaló en particular que la audición de Andrea efectuada por él demostraba que esta última se oponía tenazmente a la restitución solicitada por su padre y se negaba categóricamente a volver a España..

El segundo procedimiento .Se inició en virtud de un certificado expedido el 5 de febrero de 2010 con arreglo al artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Bilbao mediante la cual dicho Juzgado se pronunció asimismo sobre la custodia de Andrea.

Mediante escrito de 26 de marzo de 2010, el Ministerio de Justicia alemán comunicó al Amtsgericht Celle, la sentencia y el certificado mencionados. Llamó la atención de este órgano jurisdiccional sobre el hecho de que, la resolución del órgano jurisdiccional español por la que se ordenaba la restitución de la menor debía ejecutarse de pleno Derecho.

La Sra. Pelz se opuso a la ejecución forzosa de dicha sentencia certificada, solicitando que ésta no fuera reconocida.

Mediante resolución de 28 de abril de 2010, el Amtsgericht Celle consideró que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Bilbao no debía ser reconocida ni ejecutada, debido a que éste no había oído a Andrea antes de pronunciarse.

El 18 de junio de 2010, el Sr. Aguirre Zarraga interpuso un recurso contra esta resolución ante el Oberlandesgericht Celle, pidiendo su anulación, la desestimación de las pretensiones de la Sra. Pelz y la ejecución de pleno Derecho de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Bilbao de 16 de diciembre de 2009 en la medida en que ordena la restitución de Andrea al domicilio de su padre.

A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente señala, por un lado, que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Bilbao se negó a recabar la opinión

actual de Andrea y, por tanto, no pudo tener en cuenta dicha opinión en su sentencia de 16 de diciembre de 2009 relativa, entre otras cuestiones, a la custodia de la menor. Por otro lado, aduce que los esfuerzos desarrollados por el juez español para oír a ésta fueron insuficientes a la luz de la importancia que el artículo 24, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales concede a la consideración de la opinión del menor.

Además, en el supuesto de que, pese a tal violación de un derecho fundamental, el tribunal del Estado miembro de ejecución carezca de toda facultad de control, el Oberlandesgericht Celle se pregunta si dicho Estado miembro puede estar vinculado por un certificado, expedido en virtud del artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003, cuyo contenido es manifiestamente falso. En efecto, según el órgano jurisdiccional remitente, el certificado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Bilbao de 5 de febrero de 2010 contiene una declaración manifiestamente falsa, por cuanto indica que Andrea fue oída por dicho órgano jurisdiccional, lo cual no es cierto.

En estas circunstancias, el Oberlandesgericht Celle decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Tiene el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución excepcionalmente una facultad de control propia, en virtud de una interpretación del artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003, conforme con la Carta de los Derechos Fundamentales, en caso de graves vulneraciones de derechos fundamentales en la resolución que ha de ejecutarse?
- 2) ¿Está obligado el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución a proceder a la ejecución, a pesar de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen haya expedido un certificado, con arreglo al artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003, que, según se desprende de los autos, es manifiestamente inexacto?

Para la resolución de las mismas el TJUE lo hizo sobre un procedimiento de urgencia ya que existía riesgo de deterioro en las relaciones entre padre e hija y podría provocar daño psíquico.

En un caso como el que se plantea de retención ilícita de un menor, dicho reglamento establece un sistema en virtud de la cual en caso de divergencia de apreciación entre el juez de la residencia habitual del menor y el del lugar en el que se encuentra ilícitamente, el primero conserva la competencia exclusiva para resolver sobre la restitución.

Subyace un imperativo de celeridad, y para alcanzar este objetivo el sistema establecido por el reglamento 2201/2003 se basa en el papel central que se otorga al órgano jurisdiccional competente para resolver del fondo del asunto en virtud de lo dispuesto en el reglamento. Asimismo en supuestos de retención ilícita de un menor la aplicación de una resolución que implique la restitución debe realizarse sin necesidad

de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor, sino que será reconocida y tendrá automáticamente fuerza ejecutiva, sin que el reconocimiento pueda impugnarse. Solo cabría en su caso un procedimiento de rectificación o de invocación de dudas.

Las cuestiones relativas a la legalidad de la resolución que prenda la restitución deben suscitarse ante los órganos jurisdiccionales del estado de origen conforme a las normas de su ordenamiento.

El órgano remitente pregunta si dicha interpretación debe efectuarse igual si adolece una grave vulneración de los derechos humanos. A este respecto procede señalar que el claro reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y el estado miembro de ejecución establecido por las disposiciones del capítulo III, sección 4, del Reglamento n 2201/2003 descansa sobre la premisa de que dichos órganos jurisdiccionales respetan en el ámbito de sus competencias, las obligaciones que el reglamento les impone de conformidad con la Carta de los Derechos fundamentales.

De cuanto precede se desprende que, en circunstancias como las del asunto principal, la cuestión de la posible vulneración del artículo 42, apartado 2, párrafo primero, letra a), del Reglamento nº 2201/2003 por parte del juez del Estado miembro de origen que dictó la resolución certificada compete únicamente a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro y que el juez competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse al reconocimiento y a la ejecución de la mencionada resolución, habida cuenta del certificado expedido por dicho juez del Estado miembro de origen.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

A continuación realizaremos un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) de los últimos diez años, en relación a la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores. Antes de comenzar, no está de más explicar por qué el TEDH puede emitir pronunciamientos en esta materia. Pues bien, lo primero que debemos decir es que el TEDH se trata de un tribunal internacional creado en el marco del Consejo de Europa, y es competente para conocer de demandas individuales o estatales en materias de violaciones de derechos civiles y políticos preceptuados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH en lo sucesivo) de 1950, el cual es un Tratado Internacional que obliga a los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa.

En concreto, en materia de sustracción internacional de menores, nos referiremos esencialmente al artículo 8, que consagra el **derecho al respeto de la vida privada y familiar** y tiene el siguiente tenor literal: «1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. No

podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Además, en la gran mayoría, por no decir la totalidad, de las sentencias que analizaremos se tratarán de demandas interpuestas directamente por particulares ante el Tribunal, una vez que agotan sin éxito los recursos judiciales disponibles en el Estado contra el que demandan. Las sentencias que se dicten por el TEDH, tanto en esta materia como en sede de los demás derechos protegidos por el Convenio, son obligatorias para los Estados traídos al proceso, lo que ha implica como consecuencia positiva, a lo largo de los años, que los países modifiquen su legislación y práctica administrativa en numerosos ámbitos haciendo del CEDH, gracias a la jurisprudencia del Tribunal, un instrumento dinámico y eficaz para enfrentar nuevos desafíos que surgen en cada tiempo en materia de Derechos Humanos y así como consolidar el Estado de Derecho en Europa.

Lo que haremos será, por tanto, analizar sentencias en las que el Tribunal se refiere, en cada una, a aspectos concretos y diferenciados en materia de sustracción internacional de menores, mediante el siguiente esquema: en primer lugar, haremos una breve exposición de los hechos de cada caso; en segundo lugar, nos referiremos conjuntamente a las alegaciones de las partes (particular demandante y Estado/s demandado/s) y a las declaraciones/fallos del TEDH.

Además, y en vista de la vasta gama de sentencias dictadas por el TEDH en este tema, hemos seleccionado, desde nuestro punto de vista, las más relevantes, que van en un sentido o en otro dependiendo de la cuestión concreta que se han sometido a esta jurisdicción internacional; hemos tratado, pues, de cubrir todos los ámbitos, en relación de la sustracción internacional de menores, que le competen interpretar al TEDH a propósito del artículo 8 CEDH. Asimismo, hemos decidido elegir sentencias que aprecian vulneración del mencionado artículo como otras en las que no, adelantando que, las segundas, son minoría.

En primer lugar, y en relación a las sentencias en las que se declara haber violación del artículo 8 CEDH, encontramos diversa jurisprudencia, aplicable incluso a Estados no contratantes del Convenio de la Haya de 1980, es el ejemplo del *caso Bajrami contra Albania*, en el que el Tribunal interpreta las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados para facilitar las órdenes de restitución, cuando se encuentra detrás una sentencia que atribuye la custodia a un progenitor; sucede algo parecido con el *caso Lafargue contra Rumania*, en el que establece la obligación positiva de ejecutar una sentencia en la que se otorga el derecho de visita a un progenitor, en relación al artículo 21 del Convenio de la Haya, para un Estado que sí es contratante del mismo.

Un caso relevante para España es el llamado *Tapia Gasca*, en el que se analizan cuestiones relativas a dilaciones indebidas y determinantes de cara a la sustracción de un menor, así como la relación entre las obligaciones positivas de los Estados en virtud del CEDH y los Convenios bilaterales celebrados entre ellos (España y Marruecos). Existe otro, el *caso Carlson contra Suiza*, que su importancia versa en el hecho de que el TEDH interpreta conceptos y artículos del Convenio de la Haya de 1980, en relación a la inoperancia de autoridades nacionales.

En segundo lugar y, con respecto a sentencias en las que no se aprecia vulneración del artículo 8 CEDH, traemos a colación el *caso Dörinng contra Alemania*, en el que el Tribunal considera que las injerencias en el derecho al respeto de la vida privada y familiar han sido legítimas y han estado debidamente fundamentadas en el mismo precepto.

Pasemos entonces, a analizar cada una de ellas a mayor profundidad:

4.1. Sentencias en las que se declara haber violación del artículo 8 CEDH.

4.1.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 diciembre 2006, *caso Bajrami contra Albania*. Relevancia: obligaciones positivas para facilitar las órdenes de restitución (atribución de la custodia); aplicable incluso a Estados no Contratantes del Convenio de la Haya de 1980.

Un ciudadano albanés, llamado Agim Bajrami, demanda a la República de Albania en septiembre de 2004 ante el TEDH, por la inejecución de sentencia dictada en proceso de divorcio concediéndole la custodia de su hija alegando, por tanto, violación del artículo 8 CEDH.

El demandante, que vivía al tiempo del procedimiento en Kosovo, contrajo matrimonio en 1993 con una ciudadana albanesa, del que nació una hija el 20 de enero de 1997; los cónyuges se separaron en 1998, tiempo en el cual la madre y la niña se mudaron a casa de los padres de la primera en Vlora, Albania. Luego de la separación, la mujer contrajo matrimonio dos veces consecutivas (en mayo y septiembre de 1999), utilizando documentos falsificados porque no se había divorciado del demandante, habiendo sido anulado únicamente el segundo matrimonio y no el tercero. El tercer “esposo” era un ciudadano albanés residente en Grecia, por lo que la mujer viajó frecuentemente a dicho Estado a partir de 1999, dejando en algunas ocasiones a su hija durante largos periodos con sus abuelos en Vlora y, en otras, llevándosela a Grecia sin el consentimiento del demandante, es decir, su padre, quedando constatado además que desde la separación en 1998, solo se le permitió al demandante tener contacto con su hija dos veces, en septiembre de 2000 y en mayo de 2003.

Por todo lo anterior, Bajrami instó un procedimiento de divorcio ante el Tribunal de Distrito de Vlora en junio de 2003, en el que además de la disolución del vínculo matrimonial, solicitaba al Distrito de Policía de Vlora que retuviera el pasaporte de su hija a la vista del hecho de que su mujer estaba planeando llevarla a Grecia sin su consentimiento y que, por tanto, se le atribuyera la custodia de la hija. Pues bien, a pesar de que el Tribunal de Distrito de Vlora dictó sentencia en febrero de 2004 en favor del demandante (se declaró el divorcio y se le atribuyó la custodia de la niña, en base a la falta de interés de la madre, la inestabilidad de su residencia y los largos periodos de separación entre ambas), lo cierto es que en un mes antes, en enero de 2004, la mujer se llevó a la niña a Grecia, utilizando un certificado oficial en el que cambió el nombre de la niña y se declaró como madre soltera. Cabe destacar que en dicho procedimiento la mujer no estuvo presente, y solamente acudió a declarar el padre de la misma quien sostuvo que su nieta estaba en Grecia con su madre, que residía allí como “refugiada económica”.

A la vista que en marzo de 2004 la sentencia de divorcio en la que se atribuye la custodia de la niña al demandante pasó a ser firme, en abril de ese mismo año el Tribunal de Distrito de Vlora emitió un mandamiento judicial de ejecución de la misma, siendo informado el demandante en julio de que era imposible preceder a la ejecución de la sentencia porque la niña no estaba en Albania. Pues bien, dado que Albania no había ratificado el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores de 1980 y concurriendo la existencia de un Convenio Bilateral de Asistencia Mutua en Asuntos Civiles y Penales entre Grecia y Albania, que dispone que los Ministerios de Justicia de ambas Partes cooperen en el reconocimiento y ejecución en sus territorios de decisiones judiciales definitivas dictadas por las autoridades de la otra Parte, incluidos los asuntos de familia, el demandante solicitó al Ministerio de Justicia de Albania la vuelta de su hija en dos ocasiones, en agosto de 2004 y en enero de 2005. Ante dicha solicitud, se le informó en julio de 2005 que para poder cumplir con el acuerdo bilateral entre Albania y Grecia debía presentar una solicitud y especificar la dirección precisa de la niña en Grecia.

Por otro lado, los alguaciles acudieron a la casa de la madre secuestradora en tres ocasiones entre enero y mayo de 2005, interrogando al abuelo solamente una vez, el cual declaró que su hija y su nieta estaban viviendo en el extranjero y “no tenía noticias de su paradero”. En mayo de 2005, la Comisaría de Policía de Selenice (Municipio de Vlora), informó a los alguaciles de que la mujer y su hija no vivían en Atenas y que el abuelo se había mudado a una dirección desconocida.

Queda constatado además que el demandante, con el fin de obtener ayuda y garantizar el cumplimiento de la decisión de custodia, envió numerosas solicitudes a las autoridades albanesas, a la embajada griega en Albania, al Defensor del Pueblo Albanés y al Defensor del Pueblo de Kosovo.

Paralelamente a la situaciones de ejecución de la sentencia civil, el demandante inició en agosto de 2004 un procedimiento penal ante el Tribunal de distrito de Vlora contra su ex mujer, acusándola del secuestro de su hija; sin embargo, en octubre de 2004, dicho Tribunal informó al Defensor del Pueblo albanés de que no se había presentado ninguna denuncia relativa al secuestro de la hija de Bajrami. También se inició un procedimiento penal con anterioridad, en diciembre de 2003 contra un funcionario del Estado por falsificar documentos que permitieron a la mujer llevarse a su hija de Albania, en los que se declaraba soltera a la madre y se alteraba el nombre de la niña; dicho procedimiento fue sobreseído en enero de 2004.

Pues bien, aunque parezca a simple vista que estas cuestiones no tienen carácter sustantivo, lo cierto es que estos hechos son de vital importancia para el TEDH, puesto que la actitud mostrada por parte de las autoridades albanesas y los procedimientos llevados a cabo, así como la actuación del demandante, son circunstancias esenciales y sin las cuales no podría valorarse la vulneración o no del artículo 8 CEDH. Pasemos entonces al siguiente punto del análisis, referido a las alegaciones de las partes y declaraciones del TEDH

Como hemos adelantado, Bajrami alega violación de dicho artículo 8 por razón de ineficiencia de las autoridades albanesas en tomar las medidas necesarias para cumplir la sentencia de divorcio firme y, por tanto reunirlo con su hija. En concreto, el demandante alega que las autoridades albanesas no realizaron los esfuerzos que serían esperados para garantizar el respeto a sus derechos; por contra, ni siquiera involucraron a las autoridades griegas con el fin de descubrir dónde se encontraba su hija, con la única razón de que presuponían que su ex mujer era residente ilegal en Grecia, sin haberse probado dicho hecho controvertido ya que, como dijimos, el padre de la mujer declaró que se encontraba como “refugiada económica”. Por su parte, el gobierno se defiende alegando que cumplieron la obligación positiva del artículo 8 CEDH, puesto que tomaron todas las medidas posibles a su disposición para traer a la niña a Albania y que no recae bajo responsabilidad de las autoridades albanesas que el demandante no hubiese dado información precisa sobre el paradero de su hija (lo cual hacía imposible el uso de los instrumentos previstos en el Convenio bilateral entre Albania y Grecia) ni solicitado medidas cautelares antes de que su ex mujer se llevara a la niña a Grecia.

Pues bien, a partir de las alegaciones anteriores el Tribunal hace un recorrido por los principios generales del artículo 8 CEDH, y posteriormente los aplica al caso. En efecto, explica que el objetivo esencial del artículo 8 CEDH es proteger a las personas contra las acciones arbitrarias de las autoridades públicas, lo que incluye obligaciones positivas para los Estados inherentes al respecto efectivo de la vida familiar, materializándose, dichas obligaciones positivas en el presente caso, en el derecho que asiste a un progenitor a que se tomen las medidas necesarias para que pueda reunirse con su hijo, debiendo las autoridades nacionales, obligatoriamente, facilitar tal

reunión. Entrando ya en el caso concreto, el Tribunal explica que para medir la adecuación de una medida debemos estar a la velocidad de su ejecución, dado que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en las relaciones paterno-filiales.

Resulta muy relevante además, que el Tribunal considere que la obligación positiva de actuar frente a la sustracción de un menor en relación a la ejecución de órdenes de restitución se aplique de igual manera en casos que involucren a un Estado no Contratante del mencionado Convenio de la Haya de 1980, como lo es Albania, y esto es así porque el CEDH debe ser aplicado de conformidad con los principios de Derecho Internacional que se refieren a la protección de los Derechos Humanos, por lo que las obligaciones positivas impuestas por el artículo 8 CEDH en relación a la reunión de un progenitor con su hijo que fue sustraído ilegalmente, deben ser interpretadas a la vista del Convenio de la Haya, aun cuando uno de los Estados involucrados no sean Parte del mismo.

Por todo lo anterior, el TEDH declara, por unanimidad, haber violación del citado artículo 8 y hace acreedor al padre de una cuantiosa indemnización en concepto de daño moral, y esto porque los esfuerzos de las autoridades albanesas no fueron adecuados ni efectivos para cumplir con la obligación positiva que impone el CEDH. En efecto, expresa que el no hacer cumplir la decisión de custodia, que fue perfectamente válida, durante dos años, supone una injerencia en el derecho del demandante al respecto de su vida familiar, quedando constatado que solamente se realizaron esfuerzos para encontrar a la niña de enero a mayo de 2005, no habiendo ninguna diligencia en el periodo inmediatamente posterior a la sentencia de divorcio. Además, el Gobierno no tomó medidas para intentar que las autoridades griegas localizaran a su hija, posibilidad inserta dentro del acuerdo bilateral entre Grecia y Albania, y tampoco puede achacársele al demandante que no se haya dirigido ante los tribunales griegos, porque el mencionado acuerdo preceptúa la intervención de los Ministerios de Justicia. En relación a que el demandante no solicitó medidas cautelares, el TEDH aprecia que los intentos del mismo de informar a las autoridades del riesgo de secuestro fueron desatendidos, y que la falta de una solicitud formal de medidas urgentes no exime a las autoridades de sus obligaciones en relación con la ejecución de sentencias, dado que son autoridad pública y tienen los recursos a su disposición para solucionar los problemas que resulten inherentes.

Por último, y enlazando con lo considerado más relevante en este caso, el Tribunal considera que el sistema albanes no tiene dispuesto ningún marco alternativo que conceda al progenitor la protección práctica y efectiva que requiere la obligación positiva del Estado que indica el artículo 8 CEDH y que hemos explicado en párrafos anteriores, porque independientemente de que Albania no forme parte del Convenio de la Haya de 1980 y que no haya implementado la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre de 1989 (no imponiéndoselo el

CEDH), todo Estado debe tomar las medidas necesarias para asegurar la reunión de los padres que tienen legítimamente la custodia, con sus hijos, cuando se lo impone una sentencia definitiva y firme de un tribunal nacional.

4.1.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 julio 2006, caso *Lafargue contra Rumanía*. Relevancia: obligación positiva de ejecutar una sentencia en la que se otorga el derecho de visita a un progenitor en relación al artículo 21 del Convenio de la Haya de 1980

En el presente caso se interpone demanda por ciudadano francés, el señor Lafargue, contra Rumanía, alegando inactividad y negligencia de las autoridades rumanas en la ejecución de una sentencia definitiva que acordaba el derecho de visita sobre su hijo.

Se trataba de un niño nacido en 1995 del matrimonio entre el demandante y una mujer de nacionalidad rumana, quienes se divorciaron en noviembre de 1997; en dicha sentencia de divorcio, se atribuyó a la madre el derecho a la guarda y custodia del niño, así como el derecho al ejercicio de la patria potestad. Posteriormente en 1998, el demandante entabló un procedimiento para obtener un derecho de visita sobre su hijo, que ya tenía tres años, concediéndoselo a finales de 1999, fijando las visitas en una semana durante las vacaciones de invierno y dos semanas durante las vacaciones de verano. Posteriormente a que se confirmara dicha sentencia en apelación, el demandante instó proceso de ejecución contra la decisión, intentando hacer cumplir la orden de visitas en reiteradas oportunidades, siendo todas insatisfactorias. Esto es así porque vemos como en la relación de los hechos de la sentencia, entre los años 2000 y 2004, el padre ante los tribunales de justicia instó severos intentos de ejecución, de los que se acordaron la visita a la residencia de la madre del niño, acompañado por un oficial de justicia y la citación de la madre para que comparecieran en las oficinas del oficial de justicia con el niño. En ninguna ocasión la madre cumplió con lo ordenado, bien porque no comparecía, o lo hacía sin el niño, o cuando iban a su domicilio se negaba a presentarlo o alegaba que el mismo no se encontraba. Además, durante las vacaciones de verano, siempre alegaba que el niño estaba fuera de la ciudad; de hecho, el demandante solo pudo ver a su hijo dos veces durante estos años y eso porque fue a verlo al colegio con el consentimiento de los responsables del mismo; durante esta visita, el hijo no manifestó resistencia en verse con su padre, aunque posteriormente, en intentos de ejecución, manifestó que solo quería irse con él si estaba en compañía de otra persona.

Además de lo anterior, en una fecha no especificada, el padre acudió ante el Ministerio de Justicia francés, invocando el artículo 21 del Convenio de la Haya en relación al artículo 7 del mismo texto legal, los cuales imponen la obligación de las Autoridades Centrales de colaborar entre sí con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y la consecución del resto de los objetivos del Convenio, entre los cuales se encuentra la organización y ejercicio efectivo del derecho de visita,

debiendo adoptar las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos que impidan su ejercicio. Pues bien, en virtud de este precepto, el Ministerio de Justicia francés en tanto autoridad central entró en contacto con el Ministerio de Justicia Rumano, quien haciendo uso del artículo 21.III del Convenio incoa en agosto de 2004 un proceso destinado a instituir un régimen de visitas y como se presentaron demoras, solicitó un fallo provisional sobre la cuestión, dictando un Tribunal de Primera Instancia de Bucarest, el 24 de enero de 2005, una resolución en que concede al padre derechos de visita cada dos fines de semana, tratando fallidamente de hacer efectiva esta orden durante el resto del año.

Por otro lado, el padre intentó, en 1999, 2000, 2002 y 2004, obtener algún tipo de resarcimiento o condena por la vía penal en contra de la madre, pero todos fueron rechazados, obteniendo únicamente, en una ocasión, una multa de 160 euros impuesta a su ex esposa. Cabe destacar, por último, que entre marzo y julio de 2005 se acordó que las autoridades locales de asistencia social organizaran rencuentros entre el padre y el niño en presencia de psicólogos, con el fin de facilitar sus relaciones personales, ya que, supuestamente, el niño había rechazado tener contacto con su padre durante cuatro años.

Por el demandante se alega que las autoridades rumanas no llevaron a efecto las medidas necesarias y adecuadas para ejecutar rápidamente la decisión que acordó el derecho de visitar a su hijo, por lo que alega violación del artículo 8 CEDH, y esto porque las autoridades no impusieron ninguna medida coercitiva contra la madre, ni ninguna medida preparatoria en vías de que el demandante pudiera ejercer su derecho de visita, trayendo a colación otros casos enjuiciados por el TEDH, equiparando la obligación que pesa sobre las autoridades nacionales en un caso de ejecución de decisión judicial en torno al derecho de visita con la ejecución de decisiones que otorga el derecho de custodia. Por su parte el gobierno alega que se realizaron numerosos intentos de ejecución, por lo que realizaron todas las medidas que estaban en sus manos para facilitar el ejercicio del derecho de visita, pero que la obligación positiva para garantizar la ejecución de una sentencia no es absoluta, por lo que la posibilidad de recurrir a la coerción debe estar limitada y más quedando constatada la oposición de la madre a la ejecución de la decisión y la resistencia del niño a quedarse solo con su padre, no existiendo ninguna otra medida eficaz que las autoridades pudieran emprender, considerando como no equiparables la consecución del derecho de custodia con el derecho de visita y, por tanto, no aplicable el Convenio de la Haya de 1980. Además, alegan también todas las actividades que llevaron las autoridades nacionales a cabo, como fue el proceso instado por el Ministerio de Justicia, los intentos de ejecución y el arreglo con los servicios sociales para promover las relaciones entre el padre y el hijo.

Pues bien, el TEDH realiza las primeras apreciaciones de igual manera que en el caso anterior, resaltando los principios generales aplicables al caso, y considerando

que es determinante evaluar la actuación de las autoridades rumanas para saber si han tomado todas las medidas que objetiva y razonablemente estuvieran en sus manos para facilitar la ejecución de una decisión judicial que acuerda el derecho de visita. En un segundo estadio y de mucha mayor importancia, declara que Rumania ha violado el artículo 8 CEDH, por no adoptar las medidas adecuadas para hacer efectivo el derecho de visita del padre durante un periodo de seis años, violando en consecuencia su derecho a la vida familiar. Como vemos, aunque el Tribunal no se refiere concretamente al rol del artículo 21 Convenio de la Haya en la presente sentencia, si expresa que recae también una obligación positiva sobre los Estados Contratantes de ejecutar las decisiones que otorguen derecho de visita a un progenitor, en el contexto de la sustracción internacional de menores en virtud del artículo 8 CEDH, el cual debe interpretarse bajo la sombra del Convenio de la Haya.

Los motivos por los cuales el TEDH declaró haber violación del mencionado artículo son, en primer lugar, que las reuniones que las autoridades rumanas y los servicios sociales programaron en 2005, entre el padre y el hijo, no se hicieron hasta la fecha en que se notificó la existencia de un proceso ante el TEDH, quedando palpable que el Estado sí disponía de los medios necesarios para hacer efectivo el derecho de visita. En segundo lugar, considera que no ha habido ningún tipo de inactividad por parte del padre pero, en caso de que la hubiere, no se exime a las autoridades de sus obligaciones respecto a la ejecución de decisiones judiciales. En último y tercer lugar, considera intolerable el hecho de que luego de seis años de incumplimiento de la orden de visita, solo se le haya impuesto a la madre una multa de 160 euros.

4.1.3. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 diciembre de 2009, caso *Tapia Gasca contra España*. Relevancia: dilaciones indebidas y determinantes de cara a la sustracción de un menor. Obligaciones positivas de los Estados en virtud del CEDH y aplicación de un Convenio bilateral entre España y Marruecos, el cual no era en aquel momento Estado parte del Convenio de la Haya de 1980.

El conocido como caso Tapia Gasca, es uno de los asuntos más representativos, en relación a la sustracción de menores de los acontecidos en España y más interesantes desde el punto de vista jurídico al haber abordado la cuestión desde muchas y muy diferentes perspectivas jurídicas, siendo varios los fallos que concurrieron en torno al mismo tanto desde el ordenamiento jurídico español, a través de diferentes órdenes jurisdiccionales, como desde el marroquí.

En este asunto, la demandante, de origen español, mantuvo durante tres años una relación sentimental con un ciudadano marroquí de la que en 1994 nació una niña. Sin embargo, la convivencia con su por entonces compañero sentimental fue extraordinariamente conflictiva, siendo víctima de malos tratos y de agresiones por su parte, hasta que, tras haberlo denunciado penalmente en repetidas ocasiones, instó un proceso de separación ante el Juzgado de Primera Instancia Nº6 de Zaragoza, en el

que, a su vez, pidió medidas provisionales que le garantizaran que la descendiente que ambos tenían en común, no fuese raptada.

Fruto de la mencionada solicitud, el Juez competente ordenó a la Dirección General de la Guardia Civil que adoptara las medidas necesarias para impedir que la hija que ambos tenían en común saliese del territorio español. Medio año después le fue concedida de forma provisional la guarda y custodia de la pequeña, aunque reconoció el derecho del padre a una patria potestad compartida, así como a un régimen de visitas que debía ejercitarse bien en presencia de la madre, bien de una persona de su confianza de ésta, dado que se reconoció judicialmente que su expareja *“tenía un carácter violento, que había inferido malos tratos habituales a la primera demandante, principalmente de carácter psíquico, y que había amenazado con llevarse a su hija del país”*. Un hecho, este último por el que además se prohibió la salida de España de la hija en común, a pesar de lo cual no se le retiró el pasaporte. Un hecho, a juicio de la demandante imprudente debido, entre otras circunstancias, a que Marruecos no era parte del Convenio de la Haya de 1980 (depositó el instrumento de adhesión al Convenio el 9 de marzo de 2010, unos meses después de esta sentencia, y el mismo entró en vigor para ese reino el 1 de junio de ese mismo año). Dos meses más tarde, durante una de las visitas, el progenitor sustrajo a la menor, lo que motivó que finalmente la patria potestad recayese exclusivamente en la madre en la sentencia que ponía fin al proceso, aunque la misma era ya inútil, ya que la niña había desaparecido. Fue el comienzo de una larga batalla judicial por el orden Contencioso-Administrativo, Penal e incluso Social, donde incluso se le reconoció una incapacidad absoluta a raíz de los sucesos acontecidos.

En concreto, el asunto llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud de una reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta contra el Estado español, por su actuación negligente en torno al caso, tomando como referencia los artículos 1, 2, 3, 6, 7, 8, 11, 12 y 13 del ya citado Convenio de la Haya de 1980. De su contenido simplemente aclararemos que se circunscribía en torno a considerar que la indemnización que le habían reconocido los tribunales nacionales era insuficiente en relación al daño que ella había sufrido aparentemente por su culpa.

Así, la demandante alegó que las autoridades españolas no habían actuado con la debida diligencia en relación a las denuncias penales presentadas por ella a raíz de la sustracción, reprochándole al Ministerio Fiscal el no haber cumplido la *“obligación legal de proteger al menor, el no haber actuado en favor de la niña en ningún momento del procedimiento, y no haber solicitado la realización de ninguna diligencia de investigación”*. Una responsabilidad que a su juicio compartían tanto la Audiencia Provincial de Zaragoza como el Tribunal Constitucional, cuya actuación llegó a prolongar el proceso durante más de once años. Un motivo por el cual les achaca dos infracciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que procederemos a analizar una por una.

- *Artículo 6.1. Toda persona tiene derecho a que su sea oída equitativa (...) y dentro de un plazo razonable, por un tribunal (...) que decidirá (...) los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...).*

De acuerdo a la instancia, el artículo 6 otorga una garantía procesal, consistente en el derecho a que exista al menos un tribunal que conozca sobre una *“impugnación relativa a derechos y obligaciones de carácter civil”*. Un objetivo que se encuentra unido al de garantizar el respeto a la vida familiar. Sin embargo, la reclamación realizada en este caso se hizo bajo el prisma de *“la duración del proceso ante las autoridades judiciales y la falta de ejecución de las resoluciones por las que se decretó el cierre de fronteras”*. Unos extremos ante los cuales el tribunal prefirió pronunciarse en relación al artículo 8 sobre el que reflexionaremos a continuación, ya que *“la exigencia procesal inherente al artículo abriga tanto los procesos administrativos como los judiciales”*, siendo por lo tanto mucho más compleja la resolución en este apartado.

Ante todo el desarrollo del caso el TEDH acordó que el que el artículo 8 del Convenio no sólo le reconoce a un progenitor el derecho a las medidas necesarias para poder reunirse con su hijo, sino también implica la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas, si bien no es una obligación absoluta y que el carácter y alcance de las mismas, deben interpretarse conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que consagra el principio de que *“los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”*, haciendo especial hincapié en evitarle al niño los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención de carácter ilegal.

Por ello, el órgano entiende que una de las claves para valorar la adecuación de una medida se refiere a la rapidez de su adopción, y muy especialmente en los procesos relativos a la patria potestad y la ejecución asociada a los mismos que *“exigen un tratamiento urgente, porque el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre los menores y el progenitor que no vive con él”*. Aunque la cuestión más importante en este aspecto es la de dilucidar qué es un traslado o retención ilícito.

Al respecto, la instancia considera que el artículo 3 del Convenio de la Haya, dispone que tendrán tal carácter todos aquellos que se hayan producido *“con infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona (...) con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”*. Una redacción que, al haber ya un derecho a la guardia y custodia de la madre reconocido por el Juzgado de Primera Instancia Número 6 de Zaragoza de forma provisional, haría subsumible el supuesto de hecho de la sustracción, siendo además evidente que el padre aprovechó de forma torticera su derecho de visitas para sustraer a la menor.

Ante esas circunstancias, la clave de estas situaciones para que un Estado actúe de acuerdo al artículo 8 del CEDH estaría en saber si las autoridades del mismo actuaron o no apropiadamente adoptando *“todas las medidas que se les podían exigir razonablemente”*. Por lo tanto, y de acuerdo al Tribunal existe una *“obligación positiva del Estado de adoptar medidas rápidas y eficaces para evitar una situación irreversible”*, como hemos indicado también en las sentencias anteriores.

El caso también es interesante por el ya señalado problema de que Marruecos no era parte del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción de menores, por lo que en este caso hubo que recurrir al El Convenio hispano-marroquí sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, y derecho de visita y devolución de menores de 30 de mayo de 1997. Por lo que en relación al reino africano, la sustracción sería ilegal, de acuerdo a su artículo 7, si:

a) *El desplazamiento hubiere tenido lugar haciendo caso omiso de una resolución judicial dictada en juicio contradictorio y de carácter ejecutivo en territorio del Estado requirente, y que en el momento de la presentación de la solicitud de devolución del menor: Este tuviera su residencia habitual en territorio de dicho Estado. El menor y sus padres, en el momento del desplazamiento, tuvieran, únicamente, la nacionalidad del Estado requirente.*

b) *Se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre, por el derecho del Estado del que fuera nacional.*

c) *El desplazamiento infrinja un acuerdo concertado entre las partes implicadas, refrendado por una Autoridad judicial de uno de los dos Estados contratantes.*

Desde ese punto de vista, aparentemente sólo podría ser aplicable el 7.1.a) aunque el hecho de que contra los intereses del padre existiesen únicamente medidas provisionales, significaría que la sustracción podría ser legítima desde el punto de vista de dicho Convenio. De cualquier modo, e independientemente de eso, el TEDH sólo podía enjuiciar la actuación de las autoridades españolas en base a dicho cuerpo legal, por lo que el órgano matiza que las autoridades centrales de cada uno de los dos países *“deben de cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados para garantizar el retorno inmediato de los menores (...) bien directamente, bien con la ayuda del ministerio público o del abogado del Estado, deben adoptar todas las medidas oportunas para localizar al menor desplazado o retenido ilícitamente y garantizar la devolución del menor al progenitor custodio”*. Por lo cual, al detectarse la sustracción ilícita de la pequeña, las autoridades españolas debieron actuar con la máxima inmediatez, algo que concluye que hicieron, a pesar de que los resultados no fueran los deseados, no pudiendo restituir a la menor.

Por lo tanto, podemos concluir de lo visto en este caso que para que las actuaciones de un Estado parte del CEDH sean coherentes al espíritu de la redacción de su artículo 8 cuando entran en juego asuntos relacionados con la sustracción de menores, la actuación de las mismas ha de ser inmediata, y todas las medidas acordadas en esa dirección deben salvaguardar el interés del menor de cara a evitar no sólo su sustracción, sino también los supuestos perjuicios derivados de ella.

4.1.4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 noviembre de 2008, caso *Carlson contra Suiza*. Relevancia: Interpretación de los conceptos y artículos del Convenio de la Haya de 1980, inoperancia de autoridades nacionales y obligación positiva de facilitar la restitución.

Partimos por tanto de una demanda interpuesta por un ciudadano estadounidense que había contraído matrimonio en 1969 con D., una ciudadana suiza, con quien decidió ir a vivir en Estados Unidos, lugar en donde nació C., el hijo común de ambos. Entre febrero y julio de 2005 la mujer y el hijo fueron a Suiza en diferentes ocasiones donde la mujer eligió un domicilio hasta que en septiembre de ese mismo año D. comenzó un procedimiento de divorcio en Suiza ante el Tribunal de distrito de Baden, incluyendo entre una solicitud de medidas cautelares en la solicitaba que le fuese atribuido el derecho de custodia provisional del menor, lo cual le fue concedido.

Por su parte, el demandante interpuso demanda de separación ante un tribunal americano y se dirigió al propio Tribunal de distrito de Baden solicitando la reintegración inmediata de su hijo a Estados Unidos en virtud del Convenio de La Haya de 1980, el 31 de octubre de ese mismo año. Ante esta situación, el presidente de la sala competente de aquel Tribunal ordenó a D. que depositara el pasaporte del menor prohibiéndole salir del territorio suizo. La mujer alegó ante la solicitud de su todavía marido que realmente en 2005 las partes habían decidido trasladarse a vivir a Suiza, con lo que el Convenio de La Haya no sería aplicable al caso.

Unos meses más tarde, el 17 de febrero de 2006, el Tribunal de distrito de Baden, pese a estimar que a priori se trataba de un traslado o retención ilícito dado que la custodia era compartida por las dos partes en virtud de las Leyes aplicables en el distrito de Columbia, donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, y estimar que la decisión de unir el procedimiento de divorcio y de restitución del niño vulneraba el artículo 16 Convenio de la Haya (prohíbe decidir sobre los derechos de la custodia antes de que se decida sobre la restitución) decidió desestimar la petición del ciudadano estadounidense para la reintegración de su hijo a Estados Unidos al considerar que había consentido el traslado y retención del niño, pues el Tribunal constató que no estaba en condiciones de aportar pruebas de apoyo a su alegación, lo cual haría que no hubiera conducta ilícita por parte de la mujer en virtud del art 13.1 a) C. Haya.

El demandante interpuso recurso por dilaciones indebidas ante el Tribunal de apelación del cantón de Argovia, por el que reclamaba un pronunciamiento inmediato sobre su petición de reintegración del menor a Estados Unidos así como la adopción de medidas contra el presidente del Tribunal del distrito de Baden. El Tribunal de apelación entendió que efectivamente se había sobrepasado el límite de seis meses para resolver acerca de la reintegración del menor (art 11 C. Haya), pero no estableció medidas disciplinarias contra el presidente dadas las circunstancias que habían provocado el retraso. Además, el señor Carlson, interpuso a su vez un segundo recurso de apelación alegando que se había producido una inversión de la carga de la prueba ante el Tribunal de primera instancia lo que es contrario al art 13 C. Haya. Este recurso fue inadmitido por el Tribunal de apelación al afirmar que se había invertido la carga de la prueba, pero la parte demandada había demostrado que el demandante había consentido la retención del menor por periodo indeterminado.

Ya en fecha de 11 de mayo de 2006, el demandante presentó recurso de derecho público ante el Tribunal federal solicitando de nuevo la reintegración inmediata de su hijo a los Estados Unidos alegando una violación del derecho a ser oído, criticaba que se hubiese unido el procedimiento para la restitución con el de divorcio y que no se hubieran respetado los plazos por el Tribunal de distrito. Este recurso nuevamente fue inadmitido: El Tribunal rechazó las alegaciones sobre el derecho a ser oído por entender que los argumentos del señor Carlson para probar que no había consentido la retención realmente no habían sido fundados. Sin embargo, sí que consideró probado que las partes habían decidido que la madre y el hijo pasarían una larga temporada en Suiza. Por ello, pese a entender también este Tribunal que la situación podría ser susceptible de un traslado o retención ilícito, se rechazó por entender que existía ese consentimiento. Además, la alegación de la inversión de la carga de la prueba fue denegada pues afirma este Tribunal federal que el de apelación no habría llegado a sus conclusiones solo con la inversión de la prueba, con lo que no se habría vulnerado el art 13.1 a) C. Haya. El Tribunal no se pronunció sobre la cuestión del plazo en el que el tribunal había decidido. El demandante pidió la revisión de esta última Sentencia que tuvo lugar el 13 de junio de 2006 por una discriminación sufrida como padre del menor, lo cual fue denegado pues la alegación del padre no era motivo de revisión válido. Destacar que finalmente, solicitó y le fue concedido por el Tribunal de distrito de Baden un régimen de visitas.

En lo que atañe al proceso ante el TEDH, debemos referirnos principalmente a la *violación del artículo 8 CEDH*, que el demandante alega por vulneración de su derecho al respeto de su vida familiar en el procedimiento que se llevó a cabo por el Tribunal de distrito de Baden, un derecho recogido en el art 8 del Convenio. En concreto afirma que se rebasó el plazo de seis semanas para resolver sobre la solicitud de restitución (art 11.2 C. Haya) así como que los tribunales le obligaron a probar que

no había mostrado su consentimiento a que su hijo no regresara a Estados Unidos (art 13.1 C. Haya).

El demandante mantiene que no fue oído debidamente en el procedimiento de restitución de su hijo menor, que las autoridades favorecieron los intereses de la madre, o que la decisión del Tribunal de distrito de Baden de unir el procedimiento de restitución del menor al de divorcio está en contradicción con el art 16 del Convenio, como también lo estaba en contradicción con el art 13 exigirle probar su consentimiento a que su hijo no regresara a Estados Unidos. Además, afirma que dicho Tribunal no tuvo en cuenta sus proposiciones de prueba en relación con aquel consentimiento.

El Gobierno por su parte afirma que el Tribunal federal examinó cada queja sobre las pruebas que según el demandante no había tenido en cuenta el Tribunal de apelación. Mantiene por otro lado, que el señor Carlson pudo presentar todas las pruebas que hubiese considerado útiles y que el Tribunal de apelación tuvo en cuenta sus argumentos llegando a una conclusión distinta a la que pretendía el demandante, pero no por ello se violaba su derecho a ser oído. Además, respecto a la inversión de la carga de la prueba, se dice que esta queja es infundada pues los Tribunales de apelación y federal lo solucionaron al pedir a la madre que probase si el demandante había mostrado el consentimiento.

Por otro lado, tenemos el National Center for Missing and Exploited Childrens, un tercero interviniente que estimó que las excepciones previstas en el art 13.1 a) deben ser interpretadas de forma restrictiva para que no se debiliten los derechos de los artículos 6 y 8, con lo que el consentimiento de Carlson debería haber sido inequívoco e incondicional. Además manifiesta que el hecho de imponer a los Estados parte del Convenio la restitución inmediata del menor es para evitar que transcurra demasiado tiempo que haría que no pudiese restablecerse la situación anterior a la sustracción.

Una vez atendidas las tesis de cada una de las partes, vamos a observar cual ha sido la valoración del Tribunal, debiendo destacar que a lo largo de su jurisprudencia este Tribunal ha elaborado diferentes principios rectores que determinan si las autoridades de un Estado que es parte del Convenio de La Haya han cumplido las obligaciones que les corresponden a raíz del art 8 C. Haya cuando se enfrentan a una situación de sustracción de un menor. En nuestro caso concreto el Tribunal considera que la negativa de la madre de llevar de nuevo a su hijo a Estados Unidos entra en el ámbito de aplicación del Convenio, entendiendo que en estos casos, una medida será idónea cuando su aplicación sea rápida, pues el paso del tiempo puede tener unas consecuencias irremediables en las relaciones entre el hijo y el progenitor que no vive con él, siendo este uno de aquellos principios rectores elaborados por el Tribunal.

- Comienza analizando el Tribunal aquella unión de los procedimientos de divorcio y de restitución del menor, determinando que está en contradicción con el art 16 del Convenio y que con ello (compartiendo la tesis del tercero interviniente) se trata de evitar que el procedimiento relativo al derecho de custodia prejuzgue el relativo a la restitución del menor.

- En cuanto a la orden de mantenimiento del niño en Suiza por parte del Tribunal del distrito de Baden tres meses y medio después de que el demandante solicitase la restitución, establece que es contrario también al art 11 del Convenio pues en este se exige que se actúe de urgencia.

- Respecto a la inversión de la carga de la prueba por parte del presidente del Tribunal de distrito, este hecho hace que el demandante esté en una posición de desventaja en el procedimiento de modo que pese a que en segunda instancia sí que se aplicó correctamente el art 13 del Convenio, en la primera instancia hubo una desigualdad entre las partes que vulneraba dicho precepto.

- Por último, el Tribunal afirma a que la tardanza en la restitución del menor a su medio de vida habitual hace pensar que los tribunales internos no tenían en cuenta el interés superior del menor.

Por estos motivos, el Tribunal por unanimidad declara admisible la demanda del señor Carlson en la parte relativa a la queja basada en el artículo 8 del Convenio, declarando que este precepto ha sido violado al estimar que el derecho del demandante al respeto de su vida familiar no ha sido protegido de forma efectiva por los tribunales internos, siendo desestimadas el resto de pretensiones. A su vez, debido a dicha violación del Convenio en el plazo de tres meses el Estado demandado, Suiza, deberá abonar al demandante las cantidades de 10.000 y 12.000 euros en concepto de daño moral y gastos y costas, las cuales se verán incrementadas por la aplicación de unos intereses de demora que consistirán “en un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago”.

4.1.5. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 abril de 2003, caso *Iglesias Gil contra España*. Relevancia: Obligación positiva de facilitar la restitución de un menor.

Los hechos se inician con el nacimiento del menor A. U. I, en el año 1995, donde tras una ruptura matrimonial en 1994 mediante divorcio, el Juez de Familia de Vigo, por auto de 20 de diciembre de 1996, otorga judicialmente la custodia a la madre, mientras que al padre se le otorgó el derecho de visita. En 1997, el padre,

aprovechando el ejercicio de dicho derecho, se llevó al menor, secuestrándolo, saliendo ambos del territorio español y, tras hacer tránsitos en Francia y Bélgica, volaron hacia EE.UU.

La madre, tras lo ocurrido, inició acciones penales contra el padre, formulando querrela criminal ante el Juzgado de Instrucción Nº5 de Vigo por sustracción de menores. Solicitando además la denunciante una serie de medidas cautelares, como la intervención del teléfono móvil del sustractor, el interrogatorio a diversos familiares paternos del menor y la más relevante, la de dictar una orden internacional de búsqueda y captura del padre. Ante dicha querrela, el Juez competente no hizo caso a ninguna de las medidas cautelares solicitadas. Al final de la Instrucción, en julio de 1998, el juez desechó los cargos contra el padre y otros miembros de su familia. Por otra parte, ya el 12 de febrero de 1999 el Juzgado de Familia de Vigo le otorgó a la madre la custodia exclusiva del menor, que aún se encontraba desaparecido.

Por todo lo anterior, el 22 de diciembre de 1999 la madre del menor interpuso una demanda ante el TEDH contra el Reino de España denunciando la falta de diligencia por parte de las autoridades judiciales españolas respecto al caso. Posteriormente, el padre en una llamada de teléfono, le impuso condiciones para la restitución del niño, donde la amenazó de que no volvería a ver a su hijo. Ésta ante tales amenazas lo denunció por amenaza y coerción. Sin embargo, dicha denuncia fue desestimada, tanto en primera Instancia como en recurso de apelación.

Durante este tiempo, el 18 de abril de 2000 la madre vio al niño por primera vez desde la sustracción en 1997. Casi un mes más tarde, el padre compareció de forma voluntaria ante el Juez de Instrucción, dejándolo a éste después del interrogatorio en libertad.

El 18 de junio del 2000, la madre recuperó al menor, mediante asistencia policial, cuando el padre regresaba a Vigo con éste, otorgándole de nuevo al padre el 14 de julio de 2000 el derecho de visita.

Acerca de la violación del art. 8 del Convenio, la demandante alega que las autoridades españolas no adoptaron las medidas adecuadas, para así poder asegurar una rápida ejecución de las sentencias judiciales dictadas y favorecer el regreso del menor junto a la madre. Es decir, dichas autoridades internas incumplieron las obligaciones positivas que derivan del art. 8 del Convenio, haciendo caso omiso al derecho de la demandante, al respeto de su vida familiar, no adoptando las medidas adecuadas y suficientes para reparar su queja.

El Gobierno señala que la defensa del interés del menor ha sido objeto prioritario, finalizando los actos llevados a cabo por las autoridades judiciales con el regreso del padre del menor a España y la restitución del niño a la demandante. Además, alega que ni la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el

Convenio de la Haya de 1980 prevén obligación de calificar la sustracción de un menor por parte de su padre como un delito de secuestro.

El Tribunal recuerda que, aunque el artículo 8 del Convenio tiende esencialmente a prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los Poderes Públicos, también incorpora unas obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar donde, en ambos casos, habrá que tener en cuenta el equilibrio que se debe mantener entre los intereses del individuo y los de la sociedad en su conjunto. Asimismo, en ambas situaciones, el Estado va a gozar de cierto margen de apreciación.

En cuanto a la obligación del Estado de adoptar medidas positivas, el Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el artículo 8 del Convenio implica el derecho de un padre a aplicar medidas adecuadas para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades internas de adoptarlas. La cuestión decisiva, para determinar si ha habido violación o no, según dicho Tribunal, va a consistir en saber si las autoridades internas del Estado español adoptaron todas la medidas que se les podía exigir, para facilitar la ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales internos, concediendo así a la interesada el derecho de guarda y la patria potestad exclusiva de su hijo.

Éste tiene en cuenta que España es Parte Contratante del Convenio de La Haya desde el 16 de junio de 1987, sucediendo lo mismo en lo referente a los Estados Unidos, país al que el niño fue trasladado por su padre. Además, con arreglo a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de 1996 sobre la Protección Jurídica de los Menores, las autoridades internas deberán adoptar cualquier medida que garantice el respeto efectivo de la vida familiar.

El Tribunal consideró que una vez que los órganos judiciales españoles constataron la sustracción ilegal del menor, correspondía a las autoridades internas competentes ejecutar las medidas adecuadas previstas en las disposiciones aplicables de la Convención de La Haya para asegurar la entrega del niño a su madre. Ahora bien, ninguna de las medidas enumeradas en el presente caso, fue adoptada por las autoridades para facilitar la ejecución de las decisiones dictadas a favor de la demandante y de su hijo. Concluyendo entonces el Tribunal, que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al regreso de su hijo y el derecho de este último a reunirse con su madre, vulnerando así su derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio existiendo, por tanto, violación del mencionado precepto.

En conclusión, España ha sido condenada en este supuesto por incumplimiento de las obligaciones asumidas en base al Convenio de la Haya de 1980, poniéndose de relieve que no se trata únicamente de que las autoridades tomen medidas conforme al ordenamiento interno, sino que además se trata de que la intervención de las autoridades nacionales sea acorde a las obligaciones asumidas a través del Convenio

de la Haya, por lo que deben actuar por su propia voluntad, es decir, de oficio, para conseguir la devolución del menor y, si no lo hacen, su inactividad provocará la vulneración del artículo 8 CEDH al no proteger el derecho de relación del hijo con su madre.

4.2.Sentencias en las que no se aprecia vulneración del artículo 8 CEDH

-

4.2.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 julio de 2010, caso *Döring contra Alemania*. Relevancia: Injerencias legítimas en el derecho al respeto de la vida privada y familiar fundamentadas en el artículo 8.2 CEDH

La sentencia tiene su origen en una demanda presentada contra la República Federal de Alemania, siendo el demandante un ciudadano alemán, Peter Döring, el cual tiene su residencia habitual en Berlín, y es padre biológico de un menor nacido fuera del matrimonio. Se otorgó a la madre el ejercicio de la patria potestad a falta de una declaración común entre ambos progenitores pero, sin embargo, se hicieron cargo del menor de manera alterna cada semana hasta el 2002.

A principios de 2002, la madre se traslada junto al niño a Speyer, a unos 650 kilómetros de Berlín, debido a que la actitud del demandante había sido perjudicial para el niño. Ante dicha situación, el demandante pide al Tribunal de Primera Instancia de Berlín la retirada de la patria potestad de la madre y el reconocimiento del derecho a un régimen de visitas provisional.

Mediante dicha demanda, se abrieron dos procedimientos, uno sobre la retirada de la patria potestad a la madre y otro sobre el derecho de visita.

En relación con el segundo, el 5 de noviembre de 2002, el Tribunal de instancia concedió al demandante el derecho de visita en presencia de un representante. Manteniéndose este régimen de visita hasta el 18 de julio de 2003, posteriormente a esa fecha, el demandante consideró que dichas visitas eran perjudiciales para el menor solicitando, en reiteradas ocasiones, la concesión del derecho de visita pero esta vez sin presencia de una tercera persona, la cual era una Asociación para la Protección del Menor, siendo desestimadas sus pretensiones en todo momento por los Tribunales.

Finalmente y gracias al informe de un perito especializado, quien recomendaba visitas regulares por parte del progenitor en los alrededores de Speyer y con un periodo de prueba de 6 meses antes de permitir encuentros con el menor no supervisados. El Tribunal de Instancia el 2 de febrero de 2005, ordenó visitas no supervisadas un fin de semana de cada dos, siempre que el demandante se encontrase en un perímetro de 30 kilómetros alrededor del domicilio de la madre. Sin embargo, esta última decisión, fue modificada por el Tribunal de apelación, concediendo al demandante el régimen de visitas no supervisada un fin de semana de cada tres y

durante la mitad de las vacaciones escolares.

En cuanto al procedimiento sobre la patria potestad, el Tribunal desestimó la demanda interpuesta por el interesado en relación a dicha materia, interponiendo, por tanto, recurso de apelación, el cual fue inadmitido por el Tribunal competente. Poco después, interpuso recurso ante el Tribunal Constitucional Federal, desestimándose el mismo mediante audiencia.

Por todo lo anterior, el Sr. Döring interpone demanda ante el TEDH, considerando que la negativa de las autoridades civiles a concederle un régimen de visitas no supervisadas ha vulnerado el artículo 8 CEDH, porque se trata de una injerencia al respecto de su vida familiar que no está prevista por la Ley, ni persigue ninguno de los fines legítimos preceptuados por el artículo 8.2 (injerencia necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás). Ante dicha acusación, el Gobierno alemán sostuvo, por su parte, que la negativa procedente del Tribunal estaba motivada para garantizar el bienestar del menor.

Ante dicha situación, el TEDH declara que no ha habido violación del artículo 8 CEDH, exponiendo que dicho precepto exige que las autoridades internas guarden un equilibrio justo entre los intereses del hijo y los de sus padres y que, al hacerlo, concedan una importancia particular al interés superior del menor, el cual, según su naturaleza y gravedad, prevalece sobre el de los padres, por lo que no pueden autorizar a un progenitor a adoptar medidas perjudiciales para la salud y el desarrollo del niño.

Estos elementos y, en particular, el hecho de que el Tribunal de Instancia fuera consciente del peligro de distanciamiento entre padre e hijo y que concediera por ello un derecho provisional de visita tutelada, que el demandante hizo uso de él en reiteradas ocasiones antes de abandonar por su propia voluntad, son suficientes para que el TEDH concluya que la negativa de los Tribunales civiles a conceder al demandante un derecho de visita no tutelada hasta que se presentara el informe pericial se fundamentaba en unos motivos pertinentes y suficientes a efectos del artículo 8.2 del Convenio, que tiene por objeto el interés superior del menor y que, en consecuencia, la actuación de las autoridades nacionales no ha sido manifiestamente contraria al artículo 8 del Convenio, sino que, por el contrario, ha preservado el equilibrio exigido y al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

BIBLIOGRAFÍA:

CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, (Vol. II), Granada, Ed. Comares, 14ª Edición, 2013. Capítulo XXI-Protección de Menores.

PARRA RODRÍGUEZ, Conclusiones del Taller sobre Restitución de Menores, página 1-2; disponible en: http://www.poderjudicial.es/CVsm/Conclusiones_ES.pdf

ICADE, (2011) *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (nº 83-84. Especial 50 Aniversario) ISSN: 1889-7045.

HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los Derechos Fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores. *Revista Española de Derecho Europeo* (Nº44). Páginas 41-60.

BASES DE DATOS:

www.incadat.com (Base de datos de la Conferencia de la Haya. Sección “Sustracción de Niños”)

www.aranzadidigital.es (Base de datos jurídica en general: Aranzadi-**WestLaw**?)

<http://curia.europa.eu/> (Base de datos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)

V. Prensa y sustracción internacional de menores

© Marco Manzano/Natalia García-Tenorio Lavín/Ángel Jiménez Díez/Miguel Ángel Iglesias Bueno/Diego González Manso

Primera noticia:

Para todos La2: <http://www.rtve.es/alacarta/videos/para-todos-la-2/para-todos-2-secuestradores-hijos/1392784/>

En este programa televisivo vamos a encontrar distintos reportajes que muestran la dureza de la situación de este problema en diferentes ciudadanos españoles que han pasado por este difícil episodio que ha afectado mucho a sus vidas en diferentes aspectos.

-En el primer caso vemos la situación de María José Carrascosa, que indica a un programa español de televisión que la maternidad está por encima de nacionalidades.

Se trata de una mujer que está cumpliendo catorce años de prisión en Estados Unidos, y aunque ella tiene la custodia de su hija en España, su marido la denunció en Estados Unidos donde ignoraron las sentencias españolas y le dieron la custodia a este último.

María José fue condenada por desacato al no querer entregar a su hija, que hoy en día vive con sus abuelos en Valencia mientras sus padres mantienen una dura batalla judicial, que en el caso de María José se desarrolla desde la cárcel.

-Otro caso es el de María Amparo García, que a diferencia del anterior tiene un final feliz, puesto que consigue recuperar a sus hijas después de que su ex-marido se las

llevara de vacaciones al Líbano, y no se las devolviera a la madre de las niñas, que era quien tenía la custodia en España.

Este caso pone de relieve la necesidad de contar con unos recursos económicos suficientes para combatir este problema, también queda patente la inexistencia de ayudas a nivel administrativo para recuperar a sus hijas y la gran dificultad con la que se encuentra para tratar con instituciones de países árabes, los cuales, no ayudan en absoluto a pesar de la dificultad del idioma, y con menos razón al ser mujer y extranjera.

Por último, cabe enumerar los factores que han posibilitado el feliz desenlace entre los que resaltan elementos como, la suerte, el gran trabajo día a día realizado por su parte y por la de su abogada, y sobre todo, los anteriormente mencionado respecto a los recursos económicos.

-En un fragmento del documental vemos como los hijos de María Amor González, manifiestan en una entrevista pública el deseo de todos ellos de encontrar una solución para no tener que irse de España, debido a que su padre tiene la custodia en Israel, ya que la madre se trasladó con los hijos a España sin el permiso del padre.

La hija mayor al cumplir los dieciocho años ha decidido vivir con su madre, pero sus hermanos siguen siendo menores, y para ellos esta situación está siendo un calvario debido a que se encuentran separados de dos figuras importantísimas como son su madre y su hermana mayor.

María Amor no tiene establecido ningún régimen de visitas y aunque lleva 6 años pleiteando para conseguir el divorcio aún no lo ha conseguido.

-Al final del documental se destaca que aunque cada caso es diferente, las víctimas son siempre las mismas, los menores, y nos debemos centrar en lo que resulta prioritario que es el respeto de los derechos de los niños, idea que va a ser central y será la que se desarrolle en el coloquio planteado en este programa televisivo que cuenta con diferentes invitados:

Carlos Villagrasa, profesor de derecho civil de la Universidad de Barcelona, experto en Derecho de Familia; Dominica Galván, abogada que se ha ocupado de algunos casos de sustracción internacional de menores, Dolors Viñas, magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona, especializada en familia y protección de menores. Todos ellos van a centrar su intervenciones en la inexistencia de prevenciones para evitar este tipo de sustracciones, las cuales, consideran como un fallo esencial, y proponen diferentes alternativas como posibles labores didácticas para que la gente sepa que no puede marcharse con el niño aunque estén atravesando momentos difíciles, y también plantean la posibilidad de que se le indiquen a los padres todos los riesgos y consecuencias graves que pueda acarrear este tipo de actos, como puede ser la prisión o privación de la patria potestad durante incluso 10 años.

También tratan temas como la dificultad de la prevención en países europeos por el espacio Schenguen debido a la posibilidad de circular sin entregar documentos acreditativos.

Intervendrá también en este coloquio Juan Valero, padre español afectado por la sustracción de su hija, que en estos momentos vive en Austria con su ex-mujer, y que a pesar de que él tiene la custodia en España no ha conseguido que le devuelvan a su hija.

Este padre va a resaltar el gran daño sufrido por los menores, entre los que podemos destacar, los daños producidos al no poder disfrutar de la infancia, menciona también, que el respeto de los derechos de estos niños resulta fundamental, ya que se le priva de la figura madre o padre y se le priva de infancia, se le manipula, e incluso esto puede perjudicar su posterior desarrollo como persona, llega a ser traumático y va originar en los menores una desgracia para el resto de sus vidas que es urgente y necesario combatir.

El caso de este padre comienza cuando su ex-mujer se lleva a su hija a Austria durante un periodo vacacional, y aunque los padres de la niña tenían un convenio de mutuo acuerdo de divorcio, en el que se establecía que la niña tenía que seguir viviendo en España y reintegrarse en el colegio, nunca se cumplió por parte de la madre.

Juan rápidamente se pone a trabajar para recuperar a su hija y se formula la sustracción internacional, se pide la cooperación jurídica y se presenta la denuncia sobre este caso.

En primer lugar los tribunales de Austria afirman que la niña tiene que volver a España, pero para sorpresa de todos y aunque este país está adherido al convenio de la Haya 1980 sobre los aspectos civiles sobre sustracción internacional de menores, los tribunales austriacos indican que esa orden no es ejecutiva, omiten lo que establecen los diferentes convenios de los que forma parte, y no declara ejecutiva la sentencia de España por lo que se entra en un período de constantes recursos, y recusaciones, que torpedean la vuelta a la residencia habitual de la niña para ganar tiempo por parte de la madre, y como indica Juan Valero se produce un intento de manipular a la niña y hacerla ver que en ese país se va adaptando poco a poco perfectamente y no necesita volver a España.

Los colaboradores apuntan que en este período es donde más se va a perjudicar al menor, al tratarse de un período de inestabilidad que resulta muy dañino en la mayoría de los casos.

Recalcan también la sorprendente omisión de estas normas por parte de Austria ya que se trata de un país europeo, pero donde ya existe una queja por parte de cooperación jurídica internacional, además de una denuncia a este mismo país

ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo por esta actitud en un caso donde están en juego los derechos de un menor.

Resulta necesario un mayor apoyo judicial y administrativo, y también proponen como solución que los organismos internacionales tengan mayor peso para obligar al cumplimiento de lo propuesto por los convenios e instrumentos internacionales para combatir estas situaciones.

Importante también es el papel de la mediación, que si está bien enfocada entre los progenitores será una vía muy interesante para recomponer situaciones familiares y evitar que se robe la infancia a los niños durante estos procesos que consideran penosos, y por otro lado, aparte del coste emocional, también se podría ahorrar un coste económico.

El futuro se ve con optimismo, resulta necesario acabar con casos extremos como el planteado por Juan, y que los autores de estas situaciones no queden impunes.

Segunda noticia:

En esta noticia vamos a ver el caso de una española, Ana Serrot, con nacionalidad estadounidense, que regresa desde Estados Unidos a Madrid con su hijo de un año cuando tenía la custodia compartida, que más tarde sería concedida en exclusiva a su ex-marido.

En este artículo podemos apreciar como la abogada de la española pone de relieve la existencia de un auto del juzgado de violencia sobre la mujer en Madrid que le concede la custodia a la madre, pero la defensa indica que dos semanas antes este mismo juzgado declaró como firme una sentencia en la que se declaraba como definitiva una Sentencia firme dictada por un Tribunal de Florida que concedía la custodia al padre del niño.

Ana Serrot se encuentra imputada por el juez de la Audiencia Nacional debido a un delito de sustracción internacional de menores que se encuentra pendiente de fijar ,y en cambio, el secuestro realizado por parte del padre dos años más tarde no se considera ilícito como tampoco la demanda interpuesta por violencia de género sobre Ana por falta de fiabilidad.

Para finalizar, destacamos un apunte que hace el letrado español Javier Pérez-Roldán en el que indica la lentitud de los juzgados españoles, que posibilitan que ocurra este tipo de situaciones, también indica como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llamado la atención varias veces a los órganos españoles por la incorrecta aplicación del Convenio de la Haya.

<http://www.canalsur.es/noticia/279531.html>

<http://www.abc.es/sociedad/20130811/abci-mapa-sustraccion-menores-201308101857.html>

http://www.antena3.com/noticias/sociedad/ana-serrot-dijo-que-iba-convertir-mayor-hijo-puta-iba-quitar-nino_2013032500056.html

Tercera noticia:

Caso de la madre de origen español casada con un mejicano que vivían en México hasta su divorcio; en el proceso de separación realizado en México, en el que se le concedió la custodia a Isabel Monrós, se establecía un amplio régimen de visitas para el padre, así como la obligación de que este autorizara los viajes de los tres niños, todos ellos menores. La madre decidió volver a España sin pedir la autorización del padre e incumpliendo el régimen de visitas. Por todo esto, el padre denunció a Isabel, siendo los tribunales españoles los competentes para conocer del caso, los cuales, en primera instancia calificaron la actuación de la madre como un traslado ilícito de menores de los recogidos en el Convenio de la Haya de 1980, es decir, una sustracción internacional de menores. La madre recurrió la Sentencia alegando que el padre maltrataba a sus hijos, el recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia. Por ello, se mandó ejecutar la sentencia por la que los niños tenían que volver con su padre.

Esta noticia tuvo una gran repercusión, sobre todo el momento en el que se ejecutó la sentencia, a mediados de marzo de este año 2013. La ejecución supuso una protesta tanto de la madre, como de los vecinos del pueblo donde vive Isabel, de la que se hicieron eco todos los canales de información existentes, radio, televisión, prensa escrita y ediciones digitales.

Para realizar este análisis se ha recabado información de las ediciones digitales de El País y El Mundo, del citado día en que se ejecutó la sentencia.

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/03/12/valencia/1363093072_714232.html

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/03/12/valencia/1363090274.html>

Cuarta noticia:

Sería interesante analizar si entra dentro del supuesto de sustracción internacional de menores un caso que atípico de sustracción internacional. Se trata del tráfico de niñas menores, a las que posteriormente se obliga a ejercer la prostitución.

Para analizar esta circunstancia se ha realizado un análisis de la investigación realizada por el periodista, Antonio Salas, aunque este no es su verdadero nombre, sino un pseudónimo, ya que ha realizado varias investigaciones de riesgo por las que ha recibido amenazas de muerte. La investigación del tráfico de menores se encuentra

dentro de una investigación sobre el tráfico de mujeres en general, que ha dado como resultado la publicación de un libro titulado “El año que trafiqué con mujeres”, un reportaje emitido en Telecinco en el programa “Diario de”, y algunas entrevistas, así como una película basada en el libro y del mismo título.

En lo que se refiere al tráfico de menores, tanto en el libro como en el documental, se ofrece al periodista niñas desde los 10 años a través de mafias que se encargan de comprárselas a sus padres. Antonio Salas en su investigación viajó a Nigeria para conocer como se realiza la compra de mujeres, para posteriormente trasladarlas a Europa para que ejerzan la prostitución; en Nigeria un traficante de mujeres le ofrece una de 17 años; aunque en España es menor de edad, en virtud del artículo 1 del Convenio de Luxemburgo de 1980, se entiende por menores a las menores de 16 años, por ello, este caso no podría entrar dentro de la sustracción internacional de menores.

En otra de las negociaciones grabadas se habla de la compra de niñas desde los 10 años hasta los 15. Se trata de una negociación gravada con cámara oculta, entre el periodista investigador (que se presentaba como un importante dirigente del crimen organizado en España), un mexicano relacionado con el crimen organizado en varias ramas, y un tercero propietario de varios prostíbulos que ejerce de enlace. En este caso el ciudadano mexicano ofrece comprar niñas en México, de edades entre los 10 y los 15 años, para posteriormente trasladarlas a España y hacerles entrega de las niñas al supuesto comprador (periodista). En este supuesto si cabría plantearse si se puede tratar de un supuesto de sustracción internacional de menores.

En el libro “El año que trafique con mujeres” el tema expuesto de la compra de niñas se relata en los capítulos 12 y 13.

En el siguiente enlace encontramos la grabación de con cámara oculta, a partir del minuto 3:20.

<http://www.youtube.com/watch?v=z0mEOyetsEU>

Quinta noticia:

Secuestro por encargo de hijos de padres peleados

La noticia trata sobre una nueva modalidad consistente en encargar a bandas organizadas el secuestro de un hijo por uno de los progenitores que tienen o no la custodia y que no quiere, o bien, pasar un calvario por los Juzgados para que se le otorgue a él la guarda y custodia, o bien, un régimen de visitas, o se realiza en países que no tienen firmado el convenio de la Haya sobre secuestro de menores y no tienen ninguna posibilidad de ni siquiera ver a su hijo porque lo impide el progenitor que lo tiene con él.

En este caso, es el propio padre quien tiene la custodia, y el tío del niño el que realiza materialmente el secuestro (otros lo llaman restitución) en un pueblo de Alicante, dado que el menor había sido sustraído por su madre en Noruega y son acompañados de otras personas que lo acompañan para intimidar. Estas personas pertenecen a una empresa de Málaga y que tiene como objetivo ayudar a padres a recuperar a sus hijos.

España es uno de los países que más demanda los servicios de este tipo de empresas, y esto es así, dado que los casos de secuestros de menores han aumentado y se han llegado a computar en los últimos cuatro años 1166 casos. Estas empresas indican que sólo actúan en casos en los que los padres tiene la custodia, aunque se ha detectado la preparación de un caso en Ucrania en donde quien les encargó el secuestro no tenía la custodia del menor.

La noticia cuenta otro caso en donde la madre se llevó a los cuatro hijos a México, y el padre contactó con una empresa de este tipo, pero al ver el “modus operandi” de la misma decidió irse a México y luchar allí mediante vía judicial por sus hijos.

Los que dirigen estas empresas manifiestan que cada vez tienen más casos, y sus clientes son de todo el mundo debido al aumento de matrimonios interculturales y al número de divorcios.

<http://www.elmundo.es/cronica/2013/11/10/527e88ae63fd3d7f3d8b4576?.html>

Sexta noticia:

Cinco años sin ver a su hijo desde que su madre se lo llevó a Japón.

Esta noticia cuenta el caso de varios padres españoles cuyas ex-mujeres de origen japonés se llevaron a sus hijos a su país de origen, Japón. Todos y cada uno de ellos llevan varios años sin ver a sus hijos, porque a pesar de que tienen el derecho de custodia reconocido en España a través de sentencia, el país japonés no reconoce sentencias extranjeras, ni tampoco forma parte del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; del que forman parte 25 países.

http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/cinco-anos-ver-hijo-que-madre-llevo-japon_2013111300735.html

Séptima noticia:

Bruselas combate la sustracción de menores con el desarrollo de una red de mediadores familiares internacionales

Como sabemos, la Unión Europea, así como otros países, cuentan con una serie de instrumentos legales para llevar a cabo la protección de los menores que son objeto de sustracción y retención en fronteras internacionales, y entre esos instrumentos legales, destacamos el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores de 1980, elaborado en la conferencia de la Haya de 25 de octubre de 1980.

Entre los objetivos que se persiguen con la creación de este convenio podemos destacar dos:

1º Lograr el retorno del menor trasladado ilícitamente de un país a otro lo más rápidamente posible.

2º Velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor

No obstante, tenemos que señalar que esos instrumentos con los que se cuenta para combatir un tema tan delicado como es éste, son instrumentos que se caracterizan por su lentitud, lo que da lugar a que en muchas ocasiones no se impide que los progenitores se abstengan de sustraer a los menores.

Por ello, desde Bruselas se propuso impulsar un programa pionero unificado de mediación transfronteriza de cara a formar profesionales de la mediación familiar en el delicado tema de la sustracción de menores, y esto fue a raíz de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 en asuntos civiles en litigios transfronterizos, tres instituciones europeas Child Focus (Bélgica), la Universidad Católica de Lovaina (KULeuven) y la ONG Alemana MIKK (Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten), con el apoyo del Centro holandés para casos de Sustracción Internacional de Menores y con la cofinanciación de la Comisión Europea, como se puso en marcha dicho programa de mediación familiar internacional.

Con ello se pretende conseguir un tipo de mediación flexible, rápida y confidencial, para apoyar a los progenitores en este tipo de conflictos internacionales.

Principalmente, se ha de recurrir a un mediador familiar internacional cuando alguien se encuentre en algunas de las siguientes situaciones:

1º Cuando su hijo/a haya sido sustraído por el otro progenitor/a.

2º Cuando uno de los dos progenitores quiera irse a vivir al extranjero y pretenda llevarse consigo al hijo o hijos de ambos.

3º Cuando tenga miedo de que su hijo/a sea sustraído por el otro progenitor/a.

<http://www.diariojuridico.com/actualidad/noticias/bruselas-impulsa-un-ambicioso-proyecto-de-crear-una-red-de-mediadores-familiares-internacionales-en-conflictos-de-sustraccion-de-menores.html>

Octava noticia:

Cada tres días un menor es secuestrado por uno de sus padres.

Según nos muestra el diario La Razón, el Ministerio de Justicia, tramitó en el año 2012 un número aproximado a 133 solicitudes de reclamación de menores sustraídos por uno de sus progenitores en el extranjero.

Si comparamos esas estadísticas con las del año 2002, donde se tramitaron un número aproximado de 49 solicitudes, vemos que este fenómeno ha tenido un aumento del 170%, de forma que conforme a estos datos, podemos deducir que un menor es sustraído por uno de sus progenitores cada 2.7 días.

Este aumento de la sustracción de menores, está relacionada con el aumento de los divorcios llevados a cabo entre parejas de diferente nacionalidad. Se trata de divorcios en los que ambas partes acaban de malas formas, y en los que se utiliza a los hijos como arma para atacar o herir al otro cónyuge, tomando protagonismo con ello, el tema de las custodias, derecho de visitas, etc., y además, al tratarse de personas que provienen de diferentes países, este problema toma dimensiones enormes, y por consiguiente, la solución o respuesta al caso planteado se antoja más difícil de conseguir, debido a las diferencias que se dan entre las legislaciones internacionales, pues en el litigio va a intervenir más de un país.

Hay que señalar que el aumento en los últimos años de la inmigración y, por tanto, de los matrimonios mixtos, parece ser un factor clave en el incremento de estas denuncias.

En todas estas situaciones, el que peor parado sale es el hijo o hijos implicados que derivaron de ese matrimonio destruido, y los cuales experimentan un grave trastorno emocional, relacionado con la depresión, ansiedad...

Para dar solución a los conflictos planteados en esta materia, España firmó el Convenio de la Haya en 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, donde se reconoce la ejecución de sentencias extranjeras en los países miembros, y cuyo principal objeto es conseguir que se dé ese retorno del menor trasladado ilícitamente de un país a otro, lo más rápidamente posible.

Y para terminar, un último dato que se nos da en esta noticia es que nuestro país ha sido a su vez requerido en 99 ocasiones por parte de otros países para, a su vez, reclamar a algún menor retenido por su padre o madre en nuestro país.

http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/2613993/cada-tres-dias-un-menor-es-secuestrado-por-uno

Novena noticia:

Campaña contra el secuestro de niños por padres separados

En esta noticia se recoge la campaña de un padre que tras perder a su hijo trata de impedir que padres separados raptan a menores.

El protagonista de la noticia, Alejandro Altisent, manifestaba su indignación ante las manifestaciones de la policía que decían “no poder hacer nada hasta que su mujer no salga con las maletas”.

La mujer de Alejandro acabó llevándose el bebé de ambos a Kenia, de manera unilateral, sin divorcio ni decisión judicial alguna sobre el divorcio.

En Kenia no se reconocen las resoluciones de los tribunales españoles al no haber firmado el Convenio de la Haya, con lo cual, una vez que la mujer de Alejandro se encuentre con el hijo de ambos en Kenia cabe la posibilidad de que no le vuelve a ver, a no ser que se dirija a un tercer país donde si pueda ejecutarse la resolución española.

Además de la campaña legal, Alejandro ha iniciado una recogida de firmas a través de internet para que se tomen medidas de prevención en la UE con el fin de evitar situaciones similares a la suya, una medida que se propone es que para que un menor pueda salir de territorio comunitario necesite la autorización expresa de ambos padres, sellada por una autoridad que garantice su verosimilitud.

Con esta sencilla medida, se habría impedido que la mujer de Alejandro se hubiera llevado a Marcelo (hijo de ambos) a Kenia desde Ámsterdam, lugar donde residía la pareja.

En el primer semestre de 2013 habían sido raptados 112 niños españoles, según el Ministerio del Interior.

<http://www.elmundo.es/espana/2013/11/25/529278e60ab74057068b458b?.html>

Decima noticia:

Caso Juan José Eslava.

La exmujer nipona de Juan José Eslava una vez que esté le entrego a sus hijos tal y como sentencio el juez del juzgado de primera instancia número 8 de Pamplona, en la Audiencia Provincial de Navarra se llevó a sus hijos a Japón, donde la ley no obliga a cumplir con el régimen de visitas impuesto en España por lo que para Juan José Eslava es como si sus hijos no tuvieran padre.

El padre de los niños tiene la convicción de seguir peleando por los derechos de los niños y, especialmente, solicita la ayuda del Gobierno de España.

La resolución judicial establece que los niños tienen que venir a España, al menos, tres veces al año, para el cumplimiento de esto se ha impuesto una fianza de

20 mil euros a la madre. En opinión de Juan José, se ha puesto un precio a sus hijos, ya que si la madre no cumple con la sentencia española solamente perderá esos 20 mil euros que deposito como fianza.

Eslava reclama a las autoridades japonesas que reconozcan la patria potestad compartida a aquellas parejas en las que el padre es extranjero, caso mediante el cual los niños pueden llegar a perder su apellido, como así sucedió.

<http://www.abc.es/sociedad/20130811/abci-habla-padre-japon-201308101720.html>